ملاحظة: تم التصحيح،
ترتيب الصفحات يكون حسب الكتاب المطبوع في دار العلوم بيروت لبنان عام ١٤٠٩ هـــ.
متن العروة مميز عن شرح المصنف بهذه الأقواس { }

الفقه

الجزء الثاني والخمسون

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـــ ـــ ١٩٨٨م

مُنقّحة ومصحّحة مع تخريج المصادر

دار العلوم ـــ طباعة. نشر. توزيع.

العنوان: حارة حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

بيروت لبنان

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى

السيد محمد الحسيني الشيرازي

دام ظله

كتاب الكفالة والصلح

دار العلوم

بيروت لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الكفالة

وهو، كما في غير واحد من كتب الفقه (بالفتح): عقد دل عليه الأدلة الاربعة:

أما من الكتاب: فقد استدل له بقوله تعالى: ﴿قالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ﴾[1]، فطلب يعقوب (عليه السلام) من بنيه كفيلاً ببدن يوسف (عليه السلام).

وقال تعالى: ﴿فَخُذْ أَحَدَنا مَكانَهُ﴾[2]، وذلك كفالة بالبدن كما في مفتاح الكرامة، وإن كان في ذلك تأمل، ولعله لذا قال بعد الاستدلال بالآيتين فتأمل.

واستدل بعضهم عليها أيضاً بقوله سبحانه: ﴿قالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ ما ذا تَفْقِدُونَ، قالُوا نَفْقِدُ صُواعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[3]، فالزعيم الكفيل، وهو الحميل أيضاً، والقبيل والبصير والقميل، فهذه كلها أسماء الكفيل كما في المستدرك.

وأما من السنة: فروايات كثيرة تأتي جملة منها.

وأما من الإجماع: فقد ادعاه غير واحد من الفقهاء، وفي محكى التذكرة: إنها كذلك عند عامة أهل العلم.

والعقل أيضاً يدل على ذلك، لأنه شيء تعارف

---

(١) يوسف: الآية ٦٦.

(٢) يوسف: الآية ٧٨.

(٣) يوسف: الآية ٧١ ــ ٧٢.

عليه العقلاء منذ قديم الزمان.

نعم إنها مكروهة في نفسها، وإن كان ربما يعرض عليها ما يكون أهم، مما يسبب زوال الكراهة بقاعدة الأهم والمهم، كما في المكروهات بل في الواجبات والمحرمات أيضاً.

قال حفص بن البختري: أبطأت عن الحج، فقال لي أبو عبد الله (عليه السلام): «ما أبطأ بك عن الحج»، فقلت: جعلت فداك تكفّلت برجل فخفر بي، فقال: «ما لك وللكفالات، أما علمت أنّها أهلكت القرون الأولى»، ثم قال: «إن قوماً أذنبوا ذنوباً كثيرة فأشفقوا منها فخافوا خوفاً شديداً فجاء آخرون فقالوا: ذنوبكم علينا، فأنزل الله عز وجل عليهم العذاب، ثم قال الله تبارك وتعالى: **خافوني واجترأتم عليّ**»[1].

وعن الصدوق قال: قال الصادق (عليه الصلاة والسلام): «الكفالة خسارة غرامة ندامة»[2].

وعن إسماعيل بن جابر، عن أبي عبد الله (عليهما السلام) قال: «لا تتعرضوا للحقوق، فإذا لزمتكم فاصبروا لها»[3].

وعن أبي العباس الفضل بن عبد الملك: إن الصادق (عليه السلام) قال له: «ما منعك من الحج» قال: كفالة كفلت بها، قال: «وما لك وللكفالات، أما علمت أن الكفالة هي التي أهلكت القرون الأولى»[4].

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح٣.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح٤.

وعن أبي الحسن الحذاء قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول لأبي العباس البقبقاق: «ما منعك من الحج» وذكر مثله[1].

وعن داود الرقي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «مكتوب في التوراة: الكفالة ندامة غرامة»[2].

وعن إسماعيل بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «يا بني إياكم والتعرض للحقوق، واصبروا على النوائب»[3].

وعن الحسن بن الجرجاني، عمن حدثه، عن أحدهما (عليه السلام) قال: «لا توجب على نفسك الحقوق واصبر على النوائب»[4].

وعن إسماعيل بن جابر، قال: قال لي أبو عبد الله (عليه السلام)، قال لي رجل صالح: «لا تتعرض للحقوق، واصبر على النائبة»[5].

وعن الصدوق في المقنع، الذي هو متون الروايات: «اعلم أن الكفالة خسارة وغرامة وندامة، وأعلم أنها أهلكت القرون الأولى»[6].

ثم كونها خسارة، لأن الكفيل يخسر في كثير من الأحيان، وكونها غرامة لأن الكفيل يصبح غريماً عوض المكفول عنه. وكونها ندامة ظاهر لأن الإنسان أحياناً يكفل ثم يندم، والغالب أن الكفيل يندم.

وهلاك القرون الأولى بمعنى أن جماعة كفلوا ثم لم يتمكنوا من الأداء أو ابتلوا بالأداء مما كان فيه هلاكهم

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح٥.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح٦.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح٧.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح٨.

(٦) المستدرك: ج٢ ص٤٩٨ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح٢.

وليس المراد بالهلاك الموت، وإنما الضرر والتأذي وما أشبه ذلك.

ثم في الجواهر وغيره: إن المعروف في تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس، قال: والبحث في أنها نفس العقد أو أثره، وفي خصوص الألفاظ والمعاطاة فيها على نحو ما تقدم في البيع وغيره، وكذا اعتبار المقارنة بين إيجابها وقبولها والعربية ونحوها مما يعتبر في العقود اللازمة.

أقول: وذلك لأن الكل من واد واحد، ولا دليل خاص هنا أو هناك، فالأدلة العامة شاملة للكفالة والبيع وغيرهما من أنحاء العقود اللازمة، وقد ذكرنا فيما سبق كفاية المعاطاة، كما ذكرنا عدم الاحتياج إلى العربية.

نعم يعتبر الإنشاء، إذ بدون الإنشاء لا يكون عقداً، والعقد هو المؤثر للكفالة لا أن الكفالة عقد.

ثم المحكي عن الإيضاح أنه قال: الكفالة في مذهبنا إنما تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعي، والحق أعم من أن يكون ديناً أو عيناً، وقيل: كل من يستحق إحضاره إلى مجلس الشرع فإنه تصح كفالته، وفي القواعد عمم الأمر فقال: تصح حالة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم، من زوجة يدعي الغريم زوجيتها، أو كفيل يدعي عليه الكفالة، أو صبي أو مجنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف، وبدل المحبوس بإمكان تسلمه بأمر من حبسه ثم يعيده إلى الحبس، أو عبد آبق أو مَن عليه حق آدمي من مال أو عقوبة قصاص.

إلى أن قال: ولا يصح على حد الله تعالى، والأقرب صحة كفالة المكاتب، ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام وضمان العين المغصوبة، فإن رد برئ، وإن تلف ففي إلزامه بالقيمة وجهان الأقرب العدم، كموت المكفول، دون الوديعة والأمانة. وتصح كفالة من ادعي عليه وإن لم يقم البينة بالدين وإن جحد، لاستحقاق

الحضور. والكفالة ببدن الميت، إذ قد يستحق إحضاره للشهادة على صورته، انتهى.

وسيأتي الكلام في بعض هذه المواضع التي ذكرها.

ثم لا شك في صحة كفالة الإنسان، وقد ذكرنا دلالة الأدلة الأربعة على ذلك.

كما أن من الكفالة غير المصطلحة القيام بشؤون إنسان، ففي القرآن الحكيم: ﴿أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾[1]، وفي آية أخرى: ﴿وَكَفَّلَها زَكَرِيَّا﴾[2]، وفي قصة موسى (عليه السلام): ﴿إِذْ تَمْشي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلى مَنْ يَكْفُلُهُ﴾،[3] وفي آية أخرى: ﴿هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلى أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ﴾[4].

ومن هذا القبيل جعل الله سبحانه وتعالى كفيلاً، حيث قال سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذا عاهَدْتُمْ وَلا تَنْقُضُوا الْأَيْمانَ بَعْدَ تَوْكيدِها وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفيلاً﴾[5]، فمعنى أن الله سبحانه وتعالى كفيلي أني إن لم أؤد، الله سبحانه وتعالى يتكفل الأداء عني، أو يتكفل إلزامي بالأداء.

وكذلك كفالة الطفل فإن معناه أن الوالد للطفل أو ما أشبه يجعل المرأة أو الرجل أو أهل البيت كفيلاً للطفل، بمعنى أنهم إذا لم يحضروا الطفل أو ما أشبه كانوا ضامنين وكانوا مأخوذين في قبال ذلك.

أما كفالة الحيوان، وأنه يصح أو لا يصح، وكذلك كفالة سائر الأعيان كالنهر والكتاب وغير ذلك بأن لا يجف ماء النهر، ولا يضيع الكتاب، ففي مفتاح

---

(١) آل عمران: آية ٤٤.

(٢) آل عمران: آية ٣٧.

(٣) طه: آية ٤٠.

(٤) القصص: آية ١٢.

(٥) النحل: آية ٩١.

الكرامة: قال في جامع المقاصد: إنه سيأتي أنه يصح التكفيل بالأعيان المضمونة، فلا يتناولها هذا التعريف، أي التعريف المذكور في القواعد وهو قوله: وهي عقد شرع للتعهد بالنفس.

ثم قال مفتاح الكرامة: قلت: إنما يأتي له صحة ضمانها لا كفالتها، لكن قال في التحرير: هي التعهد بالنفس غالباً، ولعله إشارة إلى ما سنذكره عند قول المصنف: (بصحة كفالة بدن الصبي والمجنون) من أنه تصح الكفالة ببدن الدابة إذا جنت على آدمي أو أتلفت مالاً بتفريط صاحبها لإقامة الشهادة على صورتها، بل قلنا: بصحة كفالة الكتاب ونحوه بإقامة الشهادة على صورته، وقد يكون أشار إلى ما سنذكره في كفالة العبد الآبق، انتهى.

أقول: ورد كفالة الحيوان في القرآن الحكيم، حيث قال سبحانه: ﴿إِنَّ هذا أَخي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِيَ نَعْجَةٌ واحِدَةٌ فَقالَ أَكْفِلْنيها وَعَزَّني فِي الْخِطابِ﴾(1).

أما كفالة غير الحيوان من الكتاب بحق ونحوه، فلم أجد له شاهداً في كتاب أو سنة أو عند العرف، وحتى إذا أطلق الكفالة على الأعيان فالظاهر أن المراد بها الضمان ونحوه لا الكفالة المصطلحة، بل وكذلك في الحيوان.

ولذا قال في الجواهر: إن كفالة الدابة والكتاب وغيرهما لا يخلو من نظر أو منع، ضرورة الشك في تناول الأدلة لمثله، والأصل عدم ترتب الآثار، بل الظاهر اختصاص النفس بالآدمي لا الدابة ونحوها.

وفي محكي التذكرة: الضابط في ذلك أن نقول: حاصل كفالة البدن التزام بإحضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء يستحق

---

(1) ص: آية ٢٣.

إحضاره بالكفالة ببدنه، ونحوه المحكي عن المبسوط، وظاهرهما اختصاص موردها بما ذكرناه من الإنسان، فلا يشمل الحيوان والكتاب ونحوهما.

ولو شك في صحة الكفالة في الأمور المذكورة، كان الأصل عدم الصحة، لعدم العرفية، فلم يعلم أن الشارع قررها، إذ إطلاقات الأدلة الشرعية محمولة على المواضيع العرفية إلاّ إذا تصرف الشارع بالزيادة والنقيصة، كما ذكرناه في الأصول وغيره.

ثم قال الجواهر: لا تصح في الحدود، للإجماع المحكي عن التذكرة على ذلك، ولقوله (صلى الله عليه وآله) في المروي من طرق الخاصة والعامة: «لا كفالة في حد»[1].

وفي الوسائل: روي عن الكافي، عن السكوني، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «لا كفالة في حد»[2].

وعن الصدوق بإسناده، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) أنه لا كفالة في حد»[3].

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «لا كفالة في حد، ولا شهادة على شهادة في حد، ولا يجوز كتاب قاض إلى قاض في حد»[4].

والمراد بـــ «لا كفالة في حد» إما أن يقول الكفيل: أنا كفيله أن لا يعمل هذا العمل مرة أخرى، مثلا يؤتى بسارق إلى الحاكم ليقطع يده، فيقول أحد

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٤٩٨ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٦١ الباب ١٦ من أبواب كتاب الضمان ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٦١ الباب ١٦ من أبواب كتاب الضمان ح٢.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٤٩٨ الباب ٩ من أبواب السبق والرماية ح١.

الحاضرين: أنا كفيله إن تركته أن لا يعمل هذا العمل بعد ذلك.

أو أن المراد به أن يقول: أطلقوا سراحه وأنا آتي به في أي وقت شئتم مثلا.

أو أن يقول الكفيل: أنا أكفل هذا أن لا يفسد، مثلاً جاء بإنسان مشكوك ويريد الحاكم حبسه أو ما أشبه، فيقول الكفيل: أنا كفيله في أن لا يعمل عملاً ينافي الموازين.

مثل ما روي من أن ابن عمر لم يبايع علياً (عليه الصلاة والسلام) فقال له الصحابة: اطلب منه كفيلاً، فقال (عليه الصلاة والسلام): «أنا كفيله»[1].

والكفالة تأتي بالمعاني الثلاثة عند العرف، ولعل مراد الفقهاء تبعاً لظاهر الرواية أنه «لا كفالة في حد» أنه إذا وجب عليه إقامة الحد لا يترك لكفيل حتى يأتي به، مثل ما يترك المديون لكفيل حتى يحضره، فهو المعنى الثاني من المعاني التي ذكرناها.

أما ما فعله الحسين (عليه الصلاة والسلام) بشمر حيث كان محبوساً عند علي (عليه الصلاة والسلام) فتوسط له حتى أطلق سراحه، ووساطة أم سلمة لنفرين من الكفار كانا آذيا الرسول (صلى الله عليه وآله) أن يقبل الرسول مقابلتهما بعد أن طلبا من الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) المقابلة فأبى، فوسطت لهما أم سلمة، فقبل وساطتها، فالظاهر أن الأمرين كان من قبيل الوساطة لا من قبيل الكفالة، وإن كان ربما يطلق على مثل ذلك الكفالة أحياناً.

ثم عدم وجود الكفالة في الحد إنما هو إذا لم تكن مصلحة ثانوية موجبة للكفالة،كما هو كذلك في باب الشفاعة والعفو عن المجرم، فإن عدم الكفالة

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦١ الباب ١٦ من أبواب الضمان ح١.

في الحد كعدم الشفاعة وعدم العفو حكم أولي، والأحكام الثانوية بموازينها حاكمة على الأحكام الأولية، كما قرر في موضعه، فمثلاً إذا رأينا أن السجن يمتلأ بالمجرمين مما ليس بصلاح، يصح أن نأخذ منهم الكفلاء لإحضارهم لوقت إجراء الحدود أو ما أشبه مما عليهم، حتى لا يساء إلى سمعة الإسلام أو لا يسبب ضيقاً على بيت المال أو نحو ذلك من المحاذير.

أما كون المراد بلا كفالة في الحد، خصوص الحد، أو يشمل مثل القصاص أيضاً، لأنه نوع من الحد، ولذا قالوا في بابه إن (الحدود تدرأ بالشبهات)[1] شامل للقصاص أيضاً، ففيه احتمالان.

لكن الأظهر ولو بمعونة الانصراف وفهم العرف أن المراد بالحدود في مقابل القصاص، لا المراد الأعم من القصاص، ولا منافاة بين أن يكون الحد ربما يطلق على الأعم وربما على الأخص بمناسبة القرائن المقامية أو المقالية، فتأمل.

(١) المستدرك: ج٣ ص١١٩ الباب ٢١ من أبواب حدود الله ح٤.

(مسألة ١): قال في الشرائع: ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له دون المكفول عنه.

أقول: أما اشتراط رضا الكفيل والمكفول له فهو كما في مفتاح الكرامة: بلا خلاف، كما في المفاتيح والرياض، ولا نعلم خلافاً في اشتراط رضا الكفيل.

وكذا يعتبر رضا المكفول له كما في التذكرة، وقد حكى الإجماع عنها عليهما جماعة، ولعله لأنهم فهموا منها نفي الخلاف بين المسلمين كما هو الظاهر، انتهى.

ووجه اشتراط رضا كليهما واضح، أما وجه رضا الكفيل فلوضوح أنه إثبات حق عليه، وإثبات الحق عليه دون رضاه تصرف فيه، فينفيه «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»، وكما لا يصح أن يعقد إنسان على مال إنسان آخر دون رضاه، حيث إنه لو لم يرض لم يصح، كذلك لا يصح أن يجعل إنسان إنساناً كفيلاً دون رضاه.

نعم لا يبعد مجيء الفضولي في ذلك، بأن يجعل زيد عمرواً كفيلاً عن بكر بدون سابق وكالة منه في ذلك، وانما بعد ذلك يقال للكفيل: هل تقبل هذه الكفالة الفضولية، فيقول: نعم، وذلك لإطلاق دليل الفضولي الشامل لمثل ذلك، فقد ذكرنا في الباب الفضولي أن مقتضى القاعدة دخوله في كل شيء إلاّ ما علم خروجه بدليل، كالعبادة الواجبة وكالطلاق والعتق على المشهور من عدم دخوله في الإيقاعات.

وأما اشتراط رضا المكفول له، فلأن رفع حق شخص على شخص يتوقف على رضاه، فإن حق الإنسان على شخص مثلاً قتل أباه، فإذا أراد أن يرفع هذا الحق وجب أن يكون برضاية الولي، وكذلك في حق الإنسان على الإنسان يطلب منه الحضور في المحكمة وما أشبهه، فإنه حق

على ذلك الإنسان الواجب الحضور، فرفع هذا الحق من الأجنبي يحتاج إلى رضا ذي الحق، وإلا كان خلاف تسلط الناس على أموالهم وأنفسهم وحقوقهم، وقد ذكرنا في بعض المباحث السابقة أن قاعدة: «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»[1] شاملة للحقوق أيضاً.

وأمّا عدم اشتراط رضا المكفول، فقد قال في مفتاح الكرامة: إنه عند علمائنا كما في التذكرة، وهو المشهور بين علمائنا وغيرهم كما في المسالك، والمشهور كما في مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح، ونسبه إلى علمائنا في المختلف، بعد أن نسب الخلاف إلى الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة وابن إدريس، والحاصل: إنه لا خلاف إلاّ من هؤلاء، نعم قواه في التحرير، انتهى.

وبذلك يظهر أن الشيخ والقاضي وابني حمزة وإدريس والتحرير يرون اشتراط رضا المكفول أيضاً.

وعلى هذا ففي المسألة خلاف.

والظاهر ما ذهب إليه الشيخ ومن تبعه من اشتراط الرضا، إذ إنه نوع تصرف في حق المكفول، فكونه بدون رضاه مثمراً غير ظاهر الوجه، فإن بعض الناس يأبون من أن يكلفهم إنسان، والعرف يرى أن ذلك تصرف في حقه، فعدم اشتراط رضاه مناف لكون الإنسان مسلطاً على ماله ونفسه.

وقد لخص الجواهر المسألة بما يؤيد قول الشيخ والتابعين له بقوله: ينحصر وجه المسألة في أن رضا المكفول شرط ينفى مع الشك فيه بالإطلاق، أو أنه من أركان العقد على وجه لا يتحقق الكفالة بدونه، ولا أقل من الشك، والأصل عدم ترتب الأثر، ولعل الثاني لا يخلو من

---

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٢، الطبعة الحديثة.

قوة، ولا ينافيه عدم اعتبار رضا المحال عليه لو قلنا به، ولا اعتبار رضا المضمون عنه، لإمكان الفرق بتعارف الحوالة على مشغول الذمة بدون رضاه على وجه لا شك في صدق اسم الحوالة عليها عرفاً، لمعلومية جواز التبرع بالوفاء عن المديون، وليس المقام من الثاني قطعاً، كما لا تعارف في كفالة الغائب على وجه تندرج في الكفالة بحيث تدخل في إطلاقها، انتهى.

وعلى أي حال، فالكفالة العرفية بحاجة إلى رضا المكفول، ولا دليل من الشرع على التوسيع، بل إطلاقات أدلة الشارع منزلة على الموضوعات العرفية كما ذكرناه غير مرة، إلاّ إذا كان هناك دليل على الخلاف للتوسعة أو التضييق، والمفروض أنه لا دليل هكذا في المقام.

وبذلك ظهر وجه النظر فيما احتج المشهور به من الأصل، والعموم، وأن غاية الكفالة هي إحضار المكفول حيث يطلب، ومن المعلوم أنه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل، ولا يشترط إذن الموكل عليه في التوكيل، وإنما قالوا: إنه بمنزلة الوكيل لأنه لا يجب عليه الإحضار، ولا يجب على المكفول الحضور ما لم يطلبه المكفول له.

إذ يرد عليه أنه لا أصل، ولا عموم كما عرفت، وكون الكفيل بمنزلة الوكيل غير ظاهر، فإذا كان الكفيل بالإذن كان له إحضار المكفول بمجرد إرادته، سواء طلبه المكفول له أم لا، لأنه يريد الخروج عن العهدة، أمّا إذا لم يكن بالإذن فأي دليل على تسلطه عليه بطلبه فيما إذا لم يطلب المكفول له.

والحاصل: إن المكفول له له حق الإحضار، أما أن يكون الكفيل له هذا الحق فلا دليل عليه، ولذا قال في الجواهر في رد هذا الدليل بقوله: قد يناقش

بمعلومية زيادة حق في الكفالة على الوكالة التي هي غير لازمة للكفالة، أي الظاهر أنه متى تعلق حق الكفالة كان له إحضاره لإرادة البراءة من عهدته من دون طلب المكفول له، كما عن التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وابن المتوج الجزم به، بل عن الكركي أنه قطعي.

ثم إن المسالك قال: فعلى القول باعتبار رضاه ليس هو على حد رضا الآخرين، لأن رضاهما معلوم من اقترانه بالإيجاب والقبول الصادرين على وجههما، أما المكفول فيكفي رضاه بذلك كيف اتفق، متقدماً أو متأخراً أو مقارناً، كما في رضا المضمون، انتهى.

لكن فيه: إن الرضا المجرد لا يجعل الإنسان ملتزماً، فإن الالتزام لا يكون إلاّ بالعقد أو الشرط في ضمن العقد أو بنحو ذلك، فهو كما إذا قال أحد للآخر: إني أرضى أن تبيع داري، بدون أن يوكله، فإن ذلك وكالة توجب صحة العقد بدون إجازة لاحقة، ونحو ذلك سائر المعاملات.

ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: إن كلام المسالك وغيره مجرد دعوى لا دليل عليها، ولا استبعاد في دعوى تركيب عقدها من قبول الاثنين مع الإيجاب من الكفيل، لا أقل من الشك في تناول الإطلاق فلا تندرج في ﴿أوفوا﴾، والأصل عدم ترتب أثر الكفالة.

أقول: والعقد بالأطراف الثلاثة غير عديم النظير في الفقه، كعقد المرامات والمسابقة بين ثلاثة وأكثر، وأحياناً بين جوانب ثلاث، الأجنبي والمتسابقين فيما إذا كان السبق من الأجنبي على ما ذكرناه في كتاب المسابقة.

أمّا مسألة أن الإيجاب على من والقبول على من، فهي سهل بعد كون الإنشاء من الأمور الخفيفة المؤنة، على ما ذكرناه في كتاب النكاح وغيره.

فيصح أن يكون الإيجاب من الاثنين والقبول من الثالث، أو الإيجاب من واحد والقبول من الاثنين، فأي منهم يصح أن يكون طرف إيجاب أو قبول.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: يتم عقدها بالإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له، فإن الأمر ليس خاصاً بذلك، بل يصح الإيجاب من المكفول له، بأن يقول: أنت كفيلي، ويكون القبول من الكفيل، فيقول: نعم.

ثم إن القواعد قال: ولو قال أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم يكن كفالة. وعلله في مفتاح الكرامة بأنه وعد وليس بالتزام، مضافاً إلى الأصل.

وهو كما ذكره فيما إذا كان وعداً، أما إذا كانت الصيغة للعقد بمثل هذين اللفظين فهو عقد، وعليه فالعبرة بالقصد، ويظهر بقرائن الحال أو المقال.

وإذا اختلفا في أنه عقد أو وعد فالقول مع القائل لأنه أبصر بنيته.

(مسألة ٢): قال في الشرائع: وتصح حالة ومؤجلة على الأظهر.

وكذلك قال في القواعد: والظاهر صحة الأقسام الثلاثة: الحالة بأن يكفل حالاً، والمؤجلة بأن يكفل بعد شهر، والثالث هو أن يكفل لمدة شهر، يعني أنه متى أراده المكفول له حالاً أو مؤجلاً يحضره بينه وبين شهر، كل ذلك لإطلاق الأدلة والعقلائية.

قال في مفتاح الكرامة: أما صحتها معجلاً فموضع وفاق كما في الروضة، وكأنه لا خلاف فيه كما في مجمع البرهان، وأمّا صحتها حالة بمعنى أنه لا يشترط الأجل فهو خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والتبصرة والإرشاد والمختلف واللمعة وجامع المقاصد وإيضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان، وكذا الكفاية، وهو مذهب أكثر علمائنا كما في التذكرة، والمشهور كما في مجمع البرهان والكفاية، وهو حق اليقين كما في السرائر، وهذه حيث لا يعمل إلاّ بالقطعيات تجري مجرى الإجماع. وظاهر المفيد والشيخ في النهاية وأبي جعفر في الوسيلة وسلار في المراسم أنها لا تصح حالة، وهو المحكي عن القاضي في أحد قوليه، وبه جزم كاشف الرموز وحكاه عن التقي، وظاهر النافع والتبصرة والمفاتيح التردد حيث اقتصر فيها على ذكر القولين ـــ انتهى.

أقول: قد عرفت أن الوجه هو ما ذكره المشهور من صحتها مطلقاً.

أمّا حجة الشيخ والجماعة، فعن الرياض أنها غير واضحة ولا مذكورة في كتب الجماعة عدا القياس على الضمان.

لكن الظاهر أن حجتهم ما حكي عن كشف الرموز، مما ظاهره أن الكفالة لابد لها من فائدة فلو شرعت حالة لكانت خالية

من فائدة، إذ للمكفول له أن يطالب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير تربص، وذلك يكون عبثاً، وفيه: إنه لا يكون عبثاً، إذ من الممكن أن المكفول له لا يتمكن من تسليمه إلى الحاكم، بينما الكفيل يتمكن من ذلك.

أما جواب مفتاح الكرامة عنه في جوابه الثاني بقوله: أقصاه أن لا تكون لازمة فتكون صحيحة غير لازمة، فإذا رضي بالتأخير لزمت، كما يأتي مثله في كفالة المدعى عليه حقاً إذا رضي بالتأخر، وفي كفالة بدن المحبوس، إذ لا فائدة فيه، فليلحظ ذلك مع تأمل وروية، فغير ظاهر، إذ لا دليل للانفكاك بين صحة العقد وبين لزومه حتى يكون هنالك كفالة صحيحة لازمة وكفالة صحيحة غير لازمة، وإن العبث لو سلم لم يكن صحيحاً إطلاقاً، لأن الأدلة إنما تنصب على الموارد العقلائية التي تنافي العبثية، فإذا كان عبثاً لم يكن عقد حتى يكون غير لازم.

وبناءً على المشهور من أن الكفالة تصح حالة ومؤجلة، لا فرق بين كون الحق حالاً أو مؤجلاً، لكنه في الثاني يشترط رضا المكفول، كما صرح به مفتاح الكرامة، وذلك لإطلاق الأدلة.

ثم قال الشرائع: ومع الإطلاق تكون معجلة، وإذا اشترط الأجل فلابد من أن يكون معلوماً، انتهى.

وكلا الحكمين لا خلاف فيهما، بل الإجماع بقسميه عليه في المقام وفي غيره من العقود اللازمة كما في الجواهر، وذلك لأن الإطلاق ظاهر في التعجيل، وانما التأجيل يحتاج إلى الدليل، فإذا لم يكن دليل لفظي أو مقامي حمل الإطلاق عليه.

أما اشتراط معلومية الأجل فهو لقاعدة الغرر، فإنه يشمل المقام، إذ لو لم

يكن معلوماً لزم الغرر، فما عن بعض العامة من جواز الجهالة في الأجل هنا، قياساً على العارية غير ظاهر، لبطلان القياس أولاً، وللفارق بالجواز هناك واللزوم هنا ثانياً، كما صرح به غير واحد.

ولو اختلفا في أنه هل شرط الأجل أو كان مطلقاً، كان القول قول المطلق، إذ اشتراط الأجل خلاف الأصل، فمدعيه يحتاج إلى الدليل.

أما إذا اختلفا في أنه هل قال في الشهر أو بعد الشهر، فهو من التنازع، إذ لا جامع بينهما، فيحتاج الأمر إلى التحالف إذا لم تكن بينة لأحد الجانبين، وإذا تحالفا حكم ببطلان العقد كسائر الموارد في غير الماليات ونحوها، حيث إن في الماليات يتمسك بقاعدة العدل.

أما في مثل العقود ونحو ذلك فبعد التحالف يحكم بالبطلان.

(مسألة ٣) قال في الشرائع: للمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول عنه عاجلاً إن كانت مطلقة، أو معجلة وبعد الأجل إن كانت مؤجلة، فإن سلمه تسليماً تاماً فقد برئ، وإن امتنع كان له حبسه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه.

وفي الجواهر: لا خلاف في ذلك.

والمراد بالتسليم التام أن يكون في الوقت والمكان والخصوصيات المعينات في العقد، سواء كان بلداً أو صحراءً أو بحراً أو جواً أو غير ذلك، وسواء كان حراً أو برداً، وسواء كان الشرط أن يسلمه مقيد اليد والرجل، أو غير ذلك من الخصوصيّات والشرائط التي اعتبروها في العقد مما كانت مشروعة في نفسها.

كما أن خروجه عن العهدة بتسليمه تاماً هو مقتضى القاعدة، لأنه بذلك يفي بمقتضى العقد، فلا كفالة بعد ذلك، كما عرفت في عبارة الشرائع، وهو المنقول عن التذكرة والإرشاد واللمعة وغيرها، لأنه لا وجه للبقاء في العهدة بعد التسليم.

قال في مفتاح الكرامة: فإذا سلمه كذلك برئ، لأنه أتى بما وجب عليه، وظاهرهم أنه يجب عليه قبوله كما هو صريح المبسوط والتذكرة والقواعد حيث قال: أراده أو كرهه، واستشكل فيه في التحرير، واختلفوا فيما إذا لم يتسلمه، ففي المبسوط والسرائر إذا لم يقبل أشهد عليه رجلين أنه سلمه إليه وامتنع، وفي التذكرة والمسالك والروضة أنه إن امتنع سلمه إلى الحاكم وبرأ، فإن لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره له وامتناعه من قبضه، لكن في التذكرة والمسالك أن الأقوى الاكتفاء بالإشهاد وإن قدر على الحاكم، لأنه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكم وغيره، واستوجهه في جامع المقاصد وفي التحرير أنه إن امتنع من تسليمه برئ الكفيل على إشكال، ولا يفتقر إلى إشهاد ولا إذن الحاكم، انتهى.

والظاهر أن مقتضى القاعدة تسليمه له، فإن امتنع بغير محذور فقد برئ، لأنه كالمال الذي هو في ذمته يأتي به إلى صاحب المال فلا يتسلمه فإنه يضعه عنده ويبرأ، والإشهاد إنما يكون للإثبات، فلا ربط له بعالم الثبوت.

أما بالنسبة إلى ما إذا كان للمكفول له المحذور في تسلمه، فالظاهر أنه يسلمه للحاكم كالمال أيضاً، لأنه ولي القاصر، وإذا كان له محذور فهو قاصر عن التسلم.

ولما ذكرناه قال في الجواهر: إنه لو سلمه تسليماً تاماً برئ مما عليه من حق الكفالة، وإن لم يتسلمه منه سواء تمكن من الحاكم أو لا على الأصح، بل الظاهر عدم اعتبار الإشهاد في ذلك إلاّ لإرادة الإثبات لو أنكر، وإن كان قد يتوهم ذلك من المسالك وغيرها، لكن لا دليل عليه، انتهى.

نعم إطلاقه البراءة إذا لم يتسلمه مما يشمل المحذور في المكفول له غير ظاهر، بل اللازم التفصيل بين المحذور وغير المحذور.

كما أن إطلاق جماعة من الفقهاء في باب الدين والسلم والنسيئة أنه إن امتنع قبضه الحاكم، كما عن المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وغيرها، غير ظاهر، بل اللازم التقييد بما إذا كان محذور له عن التسلم، إذ لولا المحذور لم يكن قاصراً حتى يسلمه إلى الحاكم، فإن الحاكم ولي القاصر، وإنما يترك المذكورات من الدين والسلم والنسيئة وغيرها عنده ويذهب لشأنه، كما ذكر بعضهم ذلك في باب من عليه دين لإنسان فجاء به إليه فلم يتسلمه، وكذلك في العارية والوديعة وغيرهما.

ولذا كان المحكي عن جماعة هناك كالمفيد والديلمي وابن حمزة والمحقق في النافع عدم التعرض للحاكم أصلاً، بل قالوا: يكون من ضمان صاحب

الدين إذا عينه له ومكّنه منه و لم يقبضه، ووافقهم عليه جماعة آخرون كما في مفتاح الكرامة.

ثم قال مفتاح الكرامة في جهة الإشهاد: إنه لا يجب إن كان المراد شرطيته، وإن كان المراد إسقاط مطالبته مرة ثانية حتى لا يؤخذ به في ظاهر الشرع أو ظلماً في نفس الأمر، فلا مانع منه، لأنه إرشاد، وقد نبه على ذلك الشهيد في باب الدين، انتهى.

أما إذا أحضر الكفيل المكفول في غير الوقت أو المكان أو الشرائط المقررة فلا يجب على المكفول له القبول، لأن مقتضى عقد الكفالة الوفاء به عند الاستحقاق، فليس لأي من الطرفين المطالبة أو الأخذ من الآخر في غير الوقت والمكان والشرائط المقررة.

ثم إنه لو أحضره فلم يتسلمه فهرب المكفول، واختلفا في أنه هل أحضره في الوقت المقرر أو في غير الوقت المقرر، فادعى الكفيل الأول وادعى المكفول له الثاني، فعلى الكفيل الإثبات، لأن كون الإحضار في الوقت المقرر وبالشرائط المقررة خلاف الأصل يحتاج إلى الدليل، فإذا لم يكن له إثبات حلف الطرف الآخر وكان الحق له.

والظاهر أنه إذا كان بيد الكفيل كتاب من المكفول له بأنه أحضره على الشرائط المقررة مما أمن التزوير في الكتاب كان حجة على المكفول له، لأنه مما يورث العلم والاطمينان العرفي، وهو كاف في أمثال ذلك.

ولو قال المكفول له: أحضره لكن في غير الوقت أو المكان أو الشرائط المقررة، فالظاهر أنه يقبل القيد منه، لأن للمتكلم أن يلحق بكلامه ما شاء كما حقق في بحث الإقرار، فلا يقال له: قد أقررت بأنه أحضره فلا حق لك عليه، وإنما القيود التي قيدت بها الإحضار إنكار بعد الإقرار، وقد ذكرنا أمثال هذا البحث في كتاب الإقرار.

(مسألة ٤): قال في الشرائع: وإن امتنع (أي الكفيل) عن الإحضار كان له حبسه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه، ونحوه عبارة القواعد.

وفي مفتاح الكرامة نقله عن النهاية والسرائر والنافع والتحرير والإرشاد واللمعة والروضة، قال: وظاهر هذه الكتب أنه إذا ادعى ما عليه وجب على المكفول له القبول ويبرأ الكفيل بذلك. وفي التذكرة وجامع المقاصد: إنه إذا لم يرض بدفع المال وطلب إحضاره ألزمه الحاكم بإحضاره. وفي المسالك والمفاتيح والرياض: إنه قوي. وفي الروضة والرياض: إنه أقوى، وفي مجمع البرهان أنه ليس ببعيد، والظاهر أنه لاخلاف بينهم في جواز الاكتفاء عن الإحضار بأداء ما عليه إذا رضي به المكفول له، وإنما الخلاف فيما إذا لم يرض، انتهى.

ومقتضى القاعدة هو ما ذكره الأولون، من وجوب القبول إذا لم يحضره وأدى المال، وذلك لأنه مقتضى الكفالة عرفاً، فإن المقصود من الكفالة بين المتعاقدين الإحضار لأجل المال، فإذا دفع المال لم يكن عليه شيء ولا حق له في عدم القبول.

والحاصل: إن العرفية تقتضي ذلك، خصوصاً بعد قول الصادق (عليه الصلاة والسلام) في الرواية المتقدمة: «الكفالة خسارة غرامة ندامة».

كقوله (عليه السلام) الآخر في خبر داود الرقي: «مكتوب في التوراة كفالة غرامة ندامة».

فإن الظاهر أن الكفالة تنتهي إلى الخسارة والغرامة[1].

ويؤيده ما رواه الدعائم، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «إذا

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٨ الباب ٥ من أبواب السبق والرماية ح١.

تحمل الرجل بوجه الرجل إلى أجل فجاء الأجل من قبل أن يأتي به حبس إلاّ أن يؤدي عنه ما وجب عليه إن كان الذي يطالب به معلوماً، وله أن يرجع به عليه، وإن كان قد طلب ما لا بد فيه من إحضار الرجل كان عليه إحضاره، إلاّ أن يموت، فإن مات فلا شيء عليه»[1].

وبذلك ظهر أن ما في الجملة من الروايات من الحبس إنما يراد به فيما لم يؤد أحد شقي الأمر لا مطلقاً.

مثل خبر عمار، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام): «أتي أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) برجل قد تكفل بنفس رجل، وقال: اطلب صاحبك»[2].

وفي خبر الأصبغ بن نباتة: قضى أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس وقال له: «اطلب صاحبك»[3].

وفي خبر إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام): «إن علياً (عليه السلام) أتي برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول، فقال: احبسوه حتى يأتي بصاحبه»[4].

وفي خبر عامر بن مروان، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم الصلاة والسلام)، إنه أتي برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه، فقال: «اطلب صاحبك»[5].

وفي الرضوي (عليه الصلاة والسلام) روي: «إنه إذا كفل الرجل حبس إلى أن يأتي صاحبه»[6].

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٨ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح٣.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح٣.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح٤.

(٦) المستدرك: ج٢ ص٤٩٨ الباب ٧ من أبواب الضمان ح١.

وعن الصدوق في المقنع الذي هو متون الروايات: «وإذا كان لرجل على صاحبه حق فضمنته بالنفس فعليك تسليمه، وعلى الإمام أن يحبسك حتى تسلّمه»[1].

وبذلك يظهر أن حجة التذكرة ومن تبعه: بأنه قد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء أو بالأداء من الغريم بخصوصه، فإن الأغراض قد تتفاوت، إذ قد يكون ماله لا يخلو عن شبهة أو يخاف أنه إن ظهر مستحقاً لا يقدر على أخذ بدله منه، ولأنه مقتضى الشرط، انتهى، غير ظاهرة.

كما أنه لا يمكن أن يؤيد ذلك بعدم وجود تخيير للكفيل بين الإحضار وأداء المال في الروايات، وإنما فيها الأمر بالأول، إذ قد عرفت وجوب ذلك في رواية الدعائم وروايات أن الكفالة غرامة، بالإضافة إلى العرفية، والأمر بالحبس والإلزام بالإحضار ظاهر في وروده مورد الغالب من عدم بذل الكفيل المال، فلا دلالة في الروايات على لزوم الإحضار على الإطلاق.

أما الإشكال على البدل بما لا بدل له كحق الدعوى، أو في ذي البدل الاضطراري كالدية عوض القتل، ومهر المثل عوض الزوجة، وحيث لا يمكن هناك إعطاء الكفيل البدل لا يمكن فيما له بدل لوحدة السياق، فيرد عليه:

أولاً: إن عدم الإمكان في مكان لا يقاس عليه ما كان ممكناً في مكان آخر.

وثانياً: ما ذكره الجواهر بقوله: اللهم إلاّ أن يقال في مقام حصول الضرر بالحبس ونحوه ينقله الحاكم إليه أو إلى ما يقتضي ارتفاع مثل هذا الضرر به، كما عساه يومي إليه فحوى ما تسمعه في إطلاق القاتل، ولذا قال الجواهر أخيراً: وعلى كل حال فما ذكره الشرائع والجماعة لا يخلو من قوة، وهو كما ذكره.

---

(١) المقنع: ص٣٢.

ثم الظاهر أن الحاكم هو الذي يحبسه، لأن الحبس والعقوبة وما أشبه من شأن الحاكم، فلا يحق للمكفول له أن يحبس الكفيل حتى يأتي بالمكفول، نعم إذا لم يمكن الحاكم والعدول حق له ذلك.

كما أن الظاهر أنه يحل له عقوبته بالسب الصحيح، مثل يا ظالم ويا مانع حقوق الناس وما أشبه، لقوله (عليه الصلاة والسلام): «ليّ الواجد يحل عقوبته وحبسه»، فإنه واجد وليّه موجب للعقوبة، أما الخروج عن المشروع إلى غير المشروع فليس بجائز، كما أن للحاكم مثلاً تعزيره إذا كان واجباً ولا يريد الإحضار، لأن ذلك محرم، وقد ثبت في كتاب الحدود أن كل مرتكب محرم عليه التعزير.

ثم إن حبس الحاكم للكفيل إنما يكون إذا لم يناف الحبس إحضار المكفول، وإلا استوثق منه بأن لا يهرب ويطلق سراحه ليأتي بالمكفول، وإذا طلب الكفيل من الحاكم استصحاب شرطة أو نحوه وإلقاء القبض على المكفول أعطاه ذلك، لكن الظاهر أن عليه النفقة لا على بيت المال.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول مفتاح الكرامة، حيث قال: بل يعلم أن ما اختاره الشيخ ومن وافقه على تقدير ثمنه إنما يصح فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال، فلو لم يمكن كالقصاص وزوجية المرأة والدعوى بعقوبة توجب حداً أو تعزيراً، فلابد من إلزامه بإحضاره مع الإمكان إن لم يكن له بدل، أما ما له بدل كالدية في القتل وإن كان عمداً ومهر مثل الزوجة، فإنه يجب عليه البدل، كما نبه عليه المصنف في التذكرة وجماعة، انتهى.

إذ يمكن تحويل كل شيء إلى البدل.

ثم في رجوع الكفيل إلى المكفول فيما أداه أقسام خمسة، لأنه إن كفل بإذن وأدى بإذن حق له الرجوع عليه، وإن كفل بدون إذن وأدى بإذن حق له الرجوع أيضاً، وإن كفل بدون إذن وأدى بدون

إذن لا حق له، وإن كفل بإذن وأدى بدون إذن، فإن أمكن الإحضار و لم يحضر لا حق له في الرجوع، وإن لم يمكن الإحضار حق له في الرجوع، ولذا قال في الجواهر تبعاً لمفتاح الكرامة وغيره: إن الكفيل يرجع على المكفول بما أداه إن كان الأداء عنه بإذنه، وإن كانت الكفالة بغير إذنه، بناءً على مشروعيتها، والفرق بينها وبين الضمان بغير إذنه مع كون الأداء بإذنه أن الكفالة لم يتعلق بالمال بالذات فيكون حكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الأجنبي، فإذا أداه بإذن من عليه فله الرجوع، بخلاف الضمان المقتضي انتقال المال إلى ذمة الضامن فلا ينفعه بعد ذلك الإذن في الأداء، لأنه كإذن الأجنبي للمديون في أداء دينه، إلاّ أن يراد منها الوكالة في الأداء عنه، وإن كان الدين على المؤدي المأذون، ولا يرجع عليه مع عدم الإذن في الأداء وإن كان كفل بإذنه إذا أمكن مراجعته وإحضاره للمكفول له، ضرورة كونه متبرعاً بالوفاء حينئذ، لعدم اقتضاء الكفالة الإذن في ذلك على الحال المفروض، نعم إذا أدى مع فرض تعذر الإحضار، ففي المسالك: له الرجوع وإن لم يإذن له في الأداء، لأن ذلك من لوازم الكفالة فالإذن فيها إذن في لوازمها، إلى آخر كلامه.

ثم ما ذكرناه من تقسيم القسم الرابع إلى قسمي إمكان الإحضار وعدم إمكان الإحضار يلزم أن يقال في ممكن الإحضار إنه لا حق له، إلاّ إذا كان عسر وحرج في الإحضار مما يرفع التكليف، فإذا أمكن الإحضار بعسر أو حرج أو ضرر أو ما أشبه حق له الرجوع، لأن الإحضار هكذا المرفوع شرعاً حاله حال عدم الإمكان، وقد عرفت أنه مع عدم إمكان الإحضار يحق له الرجوع.

أما إذا أمكن الإحضار واقعاً وزعم عدمه فلا حق له في الرجوع، إذ الزعم لا يغير الواقع، وليس في قبال ذلك إلاّ القاعدة التي ذكرها بعضهم من أن

المرء متعبد بظنه، وأنه لم يقصد التبرع بماله فماله محترم، وكلاهما لا يصلحان دليلاً لجواز الرجوع على المكفول، إذ كون المرء متعبداً بظنه ليس رواية ولا قاعدة مطردة مستفادة من آية أو رواية أو إجماع أو ما أشبه، ولذا لم يأخذ بها المشهور في أي من أبواب الفقه.

وأما أنه لم يكن متبرعاً بماله، فإن الإنسان إذا أتلف ماله بالزعم لا يحق له الرجوع إلى الغير، فلا دليل على أن كل غير متبرع له الرجوع إلى الغير، كما إذا زعم الإنسان أن غيره أمره بإعطاء ماله للفقير مثلاً، ثم ظهر أن الزعم كان باطلاً، فإنه لا يحق له الرجوع إلى ذلك الغير الذي زعم أنه أمره بذلك، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومما تقدم يظهر الأمر في عكس ذلك، بأن لم يكن واقعاً الرجوع وزعم إمكانه وأعطى بدون قصد التبرع بل بقصد الرجوع، فإن له الرجوع، لأن الأمر يتبع الواقع لا الزعم.

ومما تقدم من مخالفة الزعم والواقع بصورتيه يظهر حال ما إذا كفل بدون إذن زاعماً الإذن، وما إذا أدى بدون إذن زاعماً الإذن، وكذلك عكس الصورتين بأن كفل بإذن زاعماً عدم إذن، أو أدى بإذن زاعماً عدم الإذن، فإن الزعم لا مدخلية له في أي مكان إلاّ إذا كان هنالك دليل خاص، وإنما المدار الواقع.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال: نعم قد يكون له الرجوع مما ذكرناه من قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، من حيث لزوم التخليد في الحبس ونحوه المفروض كون المكفول سبباً له بالإذن في الكفالة، بل لعل قاعدة احترام مال المسلم تقضي به أيضاً، لعدم صدق التبرع عليه بذلك أو بغير ذلك مما لا يقتضي كونه من لوازم الكفالة إن لم نقل أن من مقتضياتها دفع

المال عن المكفول ولو في حال تعذر الإحضار، وإلا اتجه له الرجوع حينئذ، كما ذكره المسالك، انتهى.

نعم قد يقال: بأنه إذا زعم عدم تمكنه من الإحضار فدفع كان مشمولاً، لكونه لازم الكفالة، فإن معنى الكفالة الإحضار، وإذا لم يمكن الإحضار دفع بنفسه، وحيث إن الإنسان لا يكلف بالواقع المخالف لزعمه فلازم الكفالة أنه يدفعه إذا زعم بأنه لا يقدر على الإحضار، فمقتضى العقد أن في هذه الصورة له الرجوع إلى المكفول، وهذا غير بعيد.

وبذلك يستثنى هذه الصورة مما ذكرناه سابقاً من أنه في صورة زعم عدم إمكان الإحضار مع كون الواقع إمكانه لا يكون له الرجوع عليه، فلزعم عدم إمكان الإحضار صورتان: صورة كونه مشمولاً للازم الكفالة فيحق له الرجوع، وصورة عدم مشموليته للازم الكفالة فلا يحق له الرجوع، أما إطلاق الجواهر فقد عرفت ما فيه.

ولو اختلفا بأن قال المكفول: كانت الكفالة بدون إذن، وقال الكفيل: بل كانت بإذن، احتاج الكفيل إلى الإثبات، لأصالة عدم الإذن.

ولو قال الكفيل: كان الدفع باذن، وقال المكفول: بدون إذن، احتاج الكفيل إلى الإثبات أيضاً للأصل المذكور.

ولو قال الكفيل: لم يمكن الإحضار، وقال المكفول: بل أمكن، فالظاهر احتياج الكفيل إلى الإثبات، لأن أصل إمكان كل شيء أصل عقلائي يؤخذ به ما لم يثبت خلافه.

ولو قال الكفيل: كان يمكن الإحضار لكن بعسر وحرج وضرر، فالظاهر أن عليه الإثبات، لأن العسر والحرج والضرر أمور ثانوية واردة على الأصل الأولي، فمدعيها يحتاج إلى الدليل.

(مسألة ٥): قال في الشرائع: ولو قال إن لم أحضره كان عليّ كذا، لم يلزمه إلاّ إحضاره دون المال، ولو قال: علي كذا إلى كذا إن لم أحضره، وجب عليه ما شرط عليه من المال.

وفي مفتاح الكرامة، في شرح قول العلامة مثل عبارة الشرائع: كما في النهاية والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة وحواشي الكتاب واللمعة والمهذب البارع والتنقيح والشرائع والإرشاد وجامع المقاصد، وإلى ما في النهاية يرجع كلام القاضي وابن حمزة بتقريب قريب.

وفي المهذب البارع في شرح عبارة النافع: إن المسألة إجماعية.

وفي جامع المقاصد في شرح عبارة الكتاب: هذا مروي من طرق الأصحاب، وقد أطبقوا على العمل به.

وفي حواشي الإرشاد وجامع المقاصد: إن الفارق بين المسألتين الإجماع والنص، ونحوه ما في غاية المرام فيما حكي عنها.

وظاهر كشف الرموز والتنقيح وإيضاح النافع الإجماع على ذلك، حيث نسب فيها إلى الأصحاب، وفي الغنية دعوى الإجماع في المسألة أو أحد شقيها.

أقول: المستند في هذا الحكم خبران حجتان إما بالوثاقة أو بالصحة:

أحدهما: خبر البقباق، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، سألته عن الرجل تكفل بنفس الرجل إلى أجل، فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً، قال: «إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، وهو كفيل بنفسه أبداً إلاّ أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله»[1].

والثاني: خبره الآخر أيضاً، قلت لأبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام):

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح٢.

رجل تكفل لرجل بنفس رجل وقال: إن جئت به وإلا فعلي خمسمائة درهم (كما في التهذيب)، (وفي الكافي): إن جئت به وإلا فعليك خمسمائة درهم، (ثم في التهذيب والكافي معاً تتمة الرواية هكذا): قال: «عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم، فإن قال: على خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه، قال: يلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه»[1].

وقد اختلفوا في هاتين الروايتين والحكم المستند إليهما اختلافاً كثيراً، كما يظهر لمن راجع المسالك والجواهر ومفتاح الكرامة وغيرها.

وأشكل على الحكم المذكور:

أولاً: بعدم الإجماع في المسألة.

وثانياً: بضعف السند في الروايتين.

وثالثاً: بضعف الدلالة.

ورابعاً: باحتمال التصحيف في النسخة.

وخامساً: بمخالفة القواعد.

لكن الظاهر أن شيئاً من ذلك لا يمكن أن يحول دون العمل بالروايتين، إذ الشهرة محققة حتى إذا لم يكن إجماع، والسند غير ضعيف كما عرفت، بالإضافة إلى الشهرة العاضدة له، والدلالة لا ضعف فيها، واحتمال غلطية النسخة منفي بالأصل.

أما المخالفة مع القواعد فلا بأس بها، فكم من رواية مستند حكم تخالف القواعد، ولا بعد في التعبد في هذا الحكم كالتعبد في كثير من الأحكام.

فقول الجواهر: إلاّ أن الإنصاف استبعاد التعبد في أمثال هذه المسائل، خصوصاً لما في المقام الذي ليس فيه إلاّ تأخير الشرط وتقديمه، مع أنه إن أخر لفظاً فهو مقدم معنى بعد الإغضاء عن اقتضاء التعليق البطلان، وعن عدم صلاحية مثل اللفظ المزبور في المتن وغيره، لحصول عقد الكفالة أو الضمان به، انتهى، محل نظر.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح١.

أما ما ذكره غير واحد من الفقهاء من التأويل في الروايتين، ومحاولة تطبيقهما للقاعدة، فأيضاً لا يخلو من إشكال، كما يظهر لمن راجع المسالك وغيره.

وحيث إن المسألة مخالفة للقاعدة فنأخذ بهذا المقدار الذي للرواية دلالة عليه، لفظاً أو مناطاً قطعياً، أما في غير ذلك فاللازم أن نأخذ بالقواعد.

(مسألة ٦): قال في الشرائع: ومن أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً، ضمن إحضاره أو أداء ما عليه.

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة في القواعد مثل قول الشرائع: كما في الوسيلة والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والرياض، وفي الأخير: إنه لا خلاف فيه.

أقول: ويدل عليه قوله (عليه الصلاة والسلام). «لا يتوى حق امرء مسلم»[1].

وقوله (عليه الصلاة والسلام): «فإن حقوق المسلمين لا تبطل»[2].

بل وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[3]، على نحو ما استدلوا به في باب خيار الغبن ونحوه، بالإضافة إلى فحوى ما يأتي في إطلاق القاتل، بل وفحوى ما استدل به في التذكرة والمسالك وغيرهما من أنه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها، فكان عليه إعادتها أو أداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه، وكأنهم استدلوا لذلك بدليل «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، حيث إن الظاهر منه ولو بالمناط عدم الفرق بين الأخذ وبين الإفلات[4].

ولا يرد عليه ما في الجواهر بقوله: لكن لا يخفى عليك أن مدرك الحكم إن كان ذلك ونحوه ينبغي عدم الفرق فيه بين الصبي والمجنون وغيرهما، ولعل ذلك هو مقتضى ما في المتن وغيره من التعبير لمن أطلق الشامل لذلك نحو

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب نوادر الشهادات ح٥.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٩ الباب ١٨ من أبواب نوادر الشهادات ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح٣.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب كتاب الوديعة ح٢.

غيره من خطاب الأسباب.

إذ فيه: إنه لا فرق بين الصبي والمجنون وغيرهما، و«عمد الصبي خطأ» ونحوه لا يشمل الضمانات، كما ذكروا في باب ضمان الصبي ما أتلفه أو نحو ذلك، فإنها من الأحكام الوضعية، وكذلك حال المجنون، بل وحال النائم أيضاً، ولذا ورد: إن الظئر لو انقلبت على الطفل فقتلته كانت الدية، فحال الضمانات حال النجاسات ونحوها مما يعم المكلف وغير المكلف.

أمّا ما ورد من أن في زمان الإمام أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) أتى بمجرم إلى الإمام فأفلته إنسان، فأحضر الإمام ذلك المفلت للمجرم وأراد عقوبته، فلما قال المفلت: بأن البقاء مع الإمام ذل وأن فراقه كفر، عفى عنه الإمام، فلا يدل على عدم الضمان في المقام، وإنما كان ذلك لاستحقاقه العقوبة لمخالفته أمر الإمام بإفلات المجرم من يد عمال الإمام (عليه الصلاة والسلام). فلا ربط له بالمقام.

ثم إن مقتضى القاعدة هو تقديم الإحضار على الأداء، لما عرفت سابقاً من أن الحق أولاً وبالذات الإحضار، وانما ينتقل إلى الأداء إذا لم يمكن نفس الحق، إلاّ إذا توافقا على الأداء دون الإحضار، ولذا قال في مفتاح الكرامة تبعاً لغيره وتبعه غيره: وينبغي أن يكون الحكم كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول، يطالب بالتسليم مع الإمكان، لا أنه يفوض التخيير إليه من أول الأمر على ما هو المختار من الترتيب بين الإحضار والأداء، وما هنا لعله مبني على المشهور من أنه مخير من أول الأمر أو على صورة التعذر.

ثم لا يخفى أنه لا فرق بين الإفلات من يد الأصيل أو الوكيل أو من السجن أو نحو ذلك، ولو بالتخويف أو بسبب حيوان لهذا الإنسان المفلت، كأن أرسل كلبه مثلاً فجر المجرم وأفلته من يد ذي الحق، وكذلك إذا أكرهه على الإفلات

أو جبره على ذلك أو ما أشبه، وهكذا إذا فتح الباب وهو لا يعلم أن المجرم في الدار فانفلت، لأنه لا مدخلية للعلم والجهل في مثل ذلك، إذ حاله حال الضمانات.

أما إذا أمر إنساناً آخر غير مجبور بإفلاته فأفلته، فإن الآمر لا شيء عليه، وإنما الشيء على المأمور، إلاّ إذا كان السبب أقوى من المباشر حسب القاعدة.

وكذا إذا سبب المفلت حالة من الذهول والغفلة لصاحب الحق حتى هرب المجرم من يده لذهوله وغفلته الذي سببه هذا الإنسان المفلت، أو أرخى الحبل مثلاً الذي على يد المجرم فانفلت، إلى غير ذلك من الصور التي جامعها الإفلات عرفاً مما يعد سبباً.

ومنه يعلم أن كلام الجواهر حيث قال: إلاّ أن الإنصاف عدم تنقيح في كلامهم لمثل ذلك، أي للصبي والمجنون، كعدمه بالنسبة إلى غير ذلك من تفويت استيفاء الحق بتخويف ونحوه، وينبغي الاقتصار على محل اليقين أو ما كان في حكمه ولو بظاهر الدليل المعتبر فيما خالف أصل البراءة وغيرها، انتهى. غير ظاهر الوجه، إلاّ أن يريد الأماكن التي لا يسمى العرف فيها المفلت سبباً أو كان المباشر أقوى.

ومما تقدم من لزوم الإحضار أولاً ثم الأداء ثانياً، ظهر وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال: لا دليل على ذلك، وأصل البراءة يقتضي خلافه، وخبر القاتل إنما هو في العمد الذي كان الحق فيه القصاص، وقاعدة الضرر لا تقتضي أزيد من التخيير المزبور.

إذ فيه: إن مقتضى القاعدة كون الحق أولاً الإحضار،

لأنه الحق أولاً وبالذات، وإنما المال بدل، ولا يرجع إلى البدل ما دام يمكن المبدل منه، نعم لو رضي صاحب الحق من المال كان ذلك له، لأنه حقه فله التنازل عنه.

نعم ما ذكره الجواهر بقوله: لا يخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفالة أطلق عليه اسمها، وإلا فهو ليس من الكفالة المصطلحة قطعاً فيه ضرورة عدم العقد فيه، انتهى.

هو كما ذكره، إذ ليست هذه كفالة اصطلاحية، وإن كان يطلق عليها الكفالة عرفاً، فيقول: إنه كفيل، توسعاً في اللفظ.

وإذا هرب المجرم فأراد صاحب الحق أن يضربه لإيقافه بما له الحق في ضربه وإيقافه، فقال أحد: لا تضربه فأنا كفيل، فالظاهر كفاية ذلك في كون اللازم عليه الإتيان بالمكفول، وإلا يؤدي الحق الذي على المكفول، لدليل «لا ضرر» و «لا يتوى» وغير ذلك مما تقدم، وللعرفية أيضاً، فقد ذكرنا في غير موضع أن العرفية كافية لتحقق الأحكام إذا لم يردع الشارع عنها، فيشملها إطلاق الأدلة.

قال في مفتاح الكرامة: وحيث يؤخذ منه المال هنا فلا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضي الرجوع، كما صرح بذلك في المسالك والروضة، ولكن في التذكرة ما يخالف جميع ذلك قال: ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصاً، انتهى، فليتأمل جيداً.

وأشكل عليه الجواهر بقوله: لكن قد يقال بالرجوع إذا كان الإطلاق بالإذن، لقاعدة «لا ضرر» واحترام مال المسلم والإحسان وكون الإذن في الملزوم إذناً في اللازم ونحو ذلك، انتهى.

لكن هذا ليس إشكالاً، وإنما هو استثناء لصورة الإذن، وهو كما ذكره الجواهر من أنه إذا كان بالإذن كان له الرجوع، أما إذا كان الإطلاق بغير إذن فلا رجوع، لكن الظاهر أنه إذا تمكن الدائن أخذ ماله من المديون بعد أخذه من المفلت كان له أن يأخذ من المديون، ويرد مال المفلت إليه، لأن المال المأخوذ من المفلت إنما هو بدل الحيلولة ولا يسبب ذلك سقوط المال عن ذمة المديون.

ثم إن الجواهر قال: ولو أطلقه من يد الكفيل الذي كان له الرجوع عليه بأدائه عنه فضمن أيضاً إحضاره أو أداء ما عليه على الوجه المزبور، بل لو أطلقه منه قبل أدائه عنه فكذلك أيضاً، انتهى. وهو كما ذكره.

ولو زعم المطلق أن الآخذ أخذ المجرم بغير وجه شرعي فأطلق سراحه من باب عمل الخير، ولدفع المنكر، كان عليه الضمان أيضاً، إذ الأمر يدور مدار الواقع لا مدار الزعم، ودليل «ما على المحسنين من سبيل»[1] لا يوجب سقوط الضمان، فلو زعم أنه خمر فأراقه وكان خلاً كان ضامناً لصاحبه، كما أنه لو زعم أنه كافر حربي فقتله وكان في الواقع مؤمناً مصون الدم فإنه يكون ضامناً، وهكذا في غيرهما من سائر موارد الضمان.

---

(١) التوبة: آية: ٩١.

(مسألة ٧): قال في الشرائع: ولو كان الشخص الذي أطلقه المطلق قاتلاً لزمه إحضاره أو دفع الدية.

وفي مفتاح الكرامة: كما صرح بذلك في جميع الكتب المذكورة آنفاً، وبه طفحت عباراتهم في باب القصاص، وعن الصيمري الإجماع عليه.

وذلك لما رواه الكليني في الصحيح أو الحسن، عن حريز، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفع إلى الوالي فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء، فقال (عليه السلام): «أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل»، قيل: فإن مات القاتل وهم في السجن، قال: «فإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول»[1].

وقد ظهر مما تقدم أنه ليس هناك التخيير، كما هو ظاهر عباراتهم، بل اللازم دفعه إلى أولياء المقتول أولاً، فإن لم يمكن فالدية، ولا حق لأولياء المقتول في قتل المطلِق ــ بالكسر ــ إذ ليس المطلق قاتلا حتى يستحق القتل، ولا سبباً للقتل أقوى من المباشر حتى يستحق، ولا دليل على أن المطلق بهذا العنوان يكون مورداً للقتل، فلا فرق بين أن يكون القتل عمدياً أو خطأً بحيث يلزم على شخص القاتل الدية، كما إذا كان القتل شبه عمد.

أمّا إذا كان خطأً محضاً، فإن القاتل لا يؤاخذ بشيء، فلو أخذه أولياء المقتول فأفلته مفلت لم يكن على المفلت شيء، لأن الدية إنما هي على العاقلة، وكذلك بالنسبة إلى ما إذا كان القاتل مجنوناً أو صبياً أو ممن لا يقتل بالمتقول ولا يعطي الدية، ولذا قيد في الجواهر وغيره القتل بالعمد.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦١ الباب ١٥ من أبواب الضمان ح١.

ومنه يعلم ما إذا أفلت المفلت المجرم فيما إذا كان غير قاتل، وإنما كان جارحاً جرحاً عمدياً أو شبه عمد، لا ما إذا كان خطأً، لوحدة الملاك في البابين.

ثم إنه إن أفلت المفلت القاتل لكن أولياء المقتول تمكنوا من إلقاء القبض عليه، خرج المفلت عن الكفالة، كما أن الأولياء في العمد إذا تمكنوا من قتله ولو بدون إلقاء القبض عليه، كان الحكم كذلك، لانتفاء الحكم بانتفاء الموضوع.

ولو تمكن أولياء المقتول من إلقاء القبض عليه، لكنه هرب عن يدهم، سقطت الكفالة أيضاً، لأنهم تمكنوا منه، فسقط الحكم بسقوط الموضوع.

ولو اختلف اجتهاد المفلت والولي في أنه هل هذا قاتل يحق عليه القصاص أو الدية أم لا، مثلاً كان اجتهاد المفلت أن القتل خطأ فلا شيء على القاتل، بينما كان اجتهاد الولي أنه عمد أو شبه عمد فعليه القصاص أو الدية، لم يكن على المفلت شيء لاجتهاده.

نعم إذا تراجعا إلى الحاكم وحكم بنفع الولي ألزم، وإن كان مجتهداً، لما ذكرناه في كتاب القضاء من أن المجتهدين إذا ترافعا إلى مجتهد ثالث نفذ حكمه على الجانب المخالف للقاضي، وإن كان المخالف أيضاً مجتهداً.

قال في القواعد: فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوباً وإن لم يقتل.

وفي مفتاح الكرامة: إذا تمكن الولي منه في العمد وجب عليه رد الدية إلى الغارم وإن لم يقتص من القاتل، لأنّها وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت، وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق، كما صرح بذلك في التذكرة والمسالك والروضة.

واستشكل في التحرير، قال: وإذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الأولياء، فيه إشكال، ثم قال: وهل له إلزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله، فيه نظر، انتهى.

ولا يخفى ما في كلام التحرير من النظر، ولذا أشكل عليه في الجواهر بقوله: فيه ما لا يخفى بعد فرض كون الدفع الأول للحيلولة، لا لإسقاط الحق، وإلا لم يكن لهم قتله، بل ولا رجوع عليه بما أدى إلاّ مع الإذن بالإطلاق. فإن فيه حينئذ ما عرفت.

ثم كما يتخير القاتل بين إعطاء أي الأقسام من الدية من الإبل أو البقر أو الغنم أو غيرها، كذلك المفلت مخير في إعطاء أي الأقسام، لوحدة المناط في المقامين.

فإذا أعطى المفلت الإبل ثم تمكن المفلت من القاتل، فالظاهر أنه إنما يحق له أن يأخذ منه الإبل لا أحدها مخيراً، لأنه بدل ما دفعه، والبدل يلزم أن يكون مماثلاً للمبدل منه، خصوصاً إذا كانت هنالك تفاوت قيمة، كما هو الغالب في عصرنا هذا.

لكن الأقرب بقاء التخيير للقاتل للأصل، فإن أعطى لولي المقتول الأكثر لم يحق للمفلت مطالبة القاتل بالأكثر، بل يبقى القاتل على تخييره، وإن أعطى المفلت الأقل لم يحق له أخذ الأكثر من القاتل.

ثم إن طلب المفلت من الحاكم أن لا يحبسه حتى يأتي بالقاتل، حق له ذلك، إذ كيف يمكن أن يأتي بالقاتل وهو في الحبس.

نعم يلزم على الحاكم أن يستوثق في الأمر حتى لا يهرب المفلت أيضاً، بأخذ كفيل منه أو ما أشبه، ولو لم يستعد المفلت من الإتيان بالقاتل أو الجارح، ولا استعد لدفع البدل، فالحاكم يأخذ الدية من ماله ويعطيه إلى أولياء المقتول، ولو كان المفلت أحد الورثة سقط بقدر حقه، وإنما يلزم عليه أن يعطي بقدر حق الآخرين من شركائه.

ولو أفلت القاتل حيث يتمكن الولي من أخذ الدية منه أو قتله، ثم جاء القاتل مستنداً إلى قوة بحيث لا يتمكن الولي حينئذ من قتله وأخذ الدية منه، كان المفلت ضامناً أيضاً، لوحدة الملاك في المقامين.

ولو

أراد الولي أن يأخذ الدية من القاتل عمداً، فهربه المهرب، ثم رجع حيث لا مال له بحيث صار نقضاً لغرض الولي، فهل يكفي رجوعه في عدم الضمان على المهرب، أو يضمن المهرب المال الذي أراد الولي أخذه من القاتل، احتمالان، من أنه جاء القاتل، ومن أنه فوّت المال على الولي، وإن كان عدم الضمان أقرب، لأنه إنما هرب القاتل، والمفروض أنه أرجعه أو رجع بنفسه أو تمكن الولي منه، أما أن له مالاً أو ليس له مال، وأن الولي كان يريد أخذ المال أو لم يرد أخذ المال، فلا ربط له بالمقام، والأصل براءة ذمة المهرب.

ثم إذا هرب المهرب القاتل شبه العمد مما الدية عليه في سنتين، فإنه لا يحق للولي أن يطالب من المهرب الدية مرة واحدة، بل إنما على المهرب دفعها سنتين أيضاً، لوحدة الملاك في المقامين.

أما إذا هرب المهرب المشتبه بأنه قاتل أو لا، ولم يتمكن الولي من إثبات أنه قاتل، فلا شيء على المهرب لانتفاء الحكم بانتفاء موضوعه.

ولا فرق بين أن يكون التهريب بعد موت المقتول أو قبل موت المقتول، كما إذا أطلق عليه الرصاص لكنه لم يمت وأخذه الولي ليحاكمه فهربه المهرب قبل أن يموت المقتول، فإن الحكم أيضاً كالسابق لوحدة الملاك في المقامين.

ولو هرب المهرب القاتل عمداً أو شبه عمد ثم عفا ولي المقتول عنه، سقطت الكفالة كما هو واضح لانتفاء الموضوع.

وفي قتل الخطأ حيث يريد ولي المقتول أخذ الدية من أولياء القاتل، إذا هرّب المهرب أولياء القاتل كان عليه الضمان أيضاً.

قال في القواعد: ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص، وفي مفتاح الكرامة كما صرح بذلك كله في التذكرة

لأنه لم يكفله بقوله ولم يدفع برضاه، ولم يكن المدفوع واجباً بالأصالة، وإنما وجب بعارض وهي الحيلولة، وإن زالت، وأما عدم تسلطه بالقصاص فظاهر، وسمى المصنف المطلق قهراً مكفولاً مجازاً، لكنه سمى المخلص كفيلاً، والخبر يعطي أنه ليس بكفيل كما عرفت، انتهى.

ثم إنه لو كان الإجرام مثلاً قطع المجرم يد الشخص، فلما أخذه ليأتي به إلى الحاكم للقصاص هربه المهرب فضمن المهرب، لكنه مثلاً رمى حديداً فقطع يد الجاني، فإنه لا شيء على المهرب بعد ذلك، لأن القصاص قد حصل.

وكذلك إذا أخذ المجني عليه من مال الجاني بقدر الدية، مثلاً أخذ خمسمائة دينار لقطع يده، فإنه بذلك تنتهي الكفالة حيث ينتهي الموضوع.

(مسألة ٨): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: ولابد من كون المكفول معيناً، كما صرح به الفاضل وغيره، فلو قال: كفلت أحد هذين لم يصح، وكذا لو قال: كفلت بزيد أو عمرو لم يصح أيضاً، وكذا لو قال: كفلت بزيد فإن لم آت به فبعمرو، بل في الثالث التعليق وهو مانع من صحة الكفالة، لما عرفته غير مرة من منافاته للتسبيب الظاهر من الأدلة، فإشكال الفاضل فيه في القواعد في غير محله. وفيه أيضاً اشتراط ما يعود على الكفالة بالنقض، فلا إشكال في بطلانه، كما لا إشكال في البطلان في السابقين مع إرادة الإبهام المانع من تعلق العقد لعدم المورد له وغيره، أما الإبهام التخييري فظاهر المصنف منعه أيضاً، انتهى.

لكن الظاهر صحة الأقسام الثلاثة وفروعها أيضاً، لإطلاق الأدلة والعرفية، مثلاً هناك مجرمان فيقول الكفيل: إني أكفل أحدهما، أو هناك مجرم واحد فيقول الكفيل: أنا أو أخي أكفل المجرم، وأخوه أيضاً يقبل بهذه الكفالة، أو أن المجرم أجرم بحق زيد وعمرو فيقول الكفيل: إني أكفل المجرم لأحد من المجني عليهما، وكذلك فيما إذا تعدد في الجانبين مثلاً هناك مجرمان فيقول: أنا أو أخي لأكفل أحدهما أو كليهما، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما الإبهام التخييري فصحته أوضح، ولذا قال في الجواهر: إن مقتضى الإطلاقات جوازه بعد عدم ما يقتضي عدم قابلية حق الكفالة لذلك، فيصح حينئذ ويبرؤ بتسليم أحدهما، ويحبس إلى أن يحضر أحدهما أو يؤديه عنه، ولعله في هذا القسم توقف الأردبيلي في المحكي عنه، وهو في محله إلاّ أن يثبت ما يقتضي عدم قابلية حق الكفالة لذلك، وأنه كالملك الذي لا يقبل مثل هذا، انتهى.

ومن الواضح أنه لم يثبت ما يقتضي عدم قابلية حق الكفالة لذلك، وأنه كالملك الذي لا يقبل مثل هذا، بل العرفية شاهدة على صحة مثل ذلك أيضاً.

ولو قال: إني أكفل المجرم منهما، وأحدهما مجرم، فإنه صحيح قطعاً.

وكذلك إذا قال: إني أكفل الأشد منهما جرماً، بأن كان مثلاً أحدهما قتل والآخر قطع اليد.

وهكذا إذا قال: إني أكفل ما يعينه أبي بعد ذلك من هذين المجرمين، فإن الذي يعينه الأب معلوم عند الله سبحانه وتعالى، وإن لم يكن معلوماً بالنسبة إلى الكفيل في الحال، ولا دليل على لزوم علم الكفيل بمن كفله في الحال، وإنما يلزم الكفالة بالواقع.

وكذا لو قال: إني أكفل المجرم الذي في الدار.

ثم لو قتل الكفيل المكفول وجب عليه إعطاء المال للمكفول له، لأنه فوت موضع الكفالة.

هذا إذا لم يتمكن المكفول له من أخذ المال من تركة المقتول، وإلا لا شيء على الكفيل، لأن الكفيل إنما يكفل البدن، والمال بدل، ولا يصل الأمر إلى البدل إذا حصل المكفول له على حقه، كما أن المكفول له إذا كان وارثاً للمكفول لم يكن على الكفيل شيء فيما إذا ورث المال منه، لأن الدين قبل الإرث.

ولو قتل المكفول المكفول له بقيت الكفالة على الكفيل، لأنه بقتله انتقل الحق إلى ورثة المقتول.

سواء كان القتل في المسألتين عمداً أو خطأً أو شبه العمد، وسواء كان القتل بحق، كما إذا كان يطلب منه الدم فقتله، أو ارتد وهو قاض فقتله من باب الحد، أو كان القتل بالباطل، كما إذا قتله ظلماً، لوحدة الملاك في جميع ذلك.

(مسألة ٩): الظاهر صحة كفالة الفضولي، لإطلاق أدلته الشامل للكفالة أيضاً، فإن أجاز من الفضول عقد فضولاً بالنسبة إليه فهو جائز، وإلا لم يكن جائزاً، على التفصيل المذكور في مسألة بيع الفضولي وغيره.

والظاهر صحة كفالة كل من المؤمن والكافر والمنافق والمخالف لمثله ولغيره، كل ذلك مضروباً في أحد الأربعة بالنسبة إلى المكفول له، وذلك لإطلاق الأدلة.

وتوهم أنه يلزم أحياناً السبيل من الكافر على المسلم[1] غير مانع، إذ هذا كسائر المعاملات مثل الوكالة والضمان ونحوهما، فإنه ليس بسبيل منهي عنه في الآية، ولو لانصراف الآية عن مثله، وقد ذكرنا في كتاب السبق والرماية وغير ذلك ما ينفع المقام، وأن النبي (صلى الله عليه وآله) سابق مع بعض الكفار[2].

وتصح كفالة كل من المرأة والرجل لجنسه ولغير جنسه، ولا مانع في كفالة الزوجة ولو بدون إذن الزوج لامرأة أو لرجل، لأن الكفالة معاملة، والزوجة مختارة في معاملاتها، نعم لا حق لها في الخروج بدون إذن الزوج، إذ قد حقق في كتاب النكاح أن حق الزوج عليها اثنان، الاستفراش والخروج بالإذن، أما ما عدا ذلك فهي مختارة نفسها.

والظاهر صحة كفالة البالغ العاقل عن الصغير وعن المجنون لإحضارهما عند الحاكم، فيما يريد الحاكم إجراء الحد عليهما، فيما عليهما الحد من السرقة ونحو ذلك، ولو كان الحد بنحو التأديب.

ولو ارتد الكفيل أو صار مخالفاً وليس من دينه الجديد أو مذهبه الجديد

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٧٦ الباب ١ من أبواب موانع الإرث ح١١.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥١٦ الباب ٢ من أبواب السبق والرماية ح٢.

الكفالة، فهل تبقى الكفالة استصحاباً، أو تنقطع لتبدل الموضوع، يحتمل الثاني على تردد.

ولو صار مقلداً لمن لا يقول بصحة الكفالة في مورد كفالته، أو مجتهداً كذلك، فإن قلنا بأن الواقعة الواحدة لا تتحمل اجتهادين، كما اخترناه في الفقه، بقيت الكفالة، وإلا فلا.

أما لو كفل وليس من دينه أو مذهبه، ثم صار مسلماً أو دخل فيما صار من دينه أو مذهبه الكفالة، فلا كفالة، لأنه حين الكفالة لم تنعقد، والأصل عدم الانعقاد بعد عدم تحقق العقد في مذهبه الجديد أو دينه الجديد.

ولو جنّ الكفيل كان في ماله، ولو جن المكفول له انتقل حقه إلى وليه، ولو جن المكفول لزم على الكفيل الأداء، إن لم يكن للمكفول مال يؤدي عنه.

وفروع هذه المسائل كثيرة يظهر بعضها مما تقدم، نكتفي منها بهذا القدر.

(مسألة ١٠): قال في الشرائع: إذا أحضر الغريم قبل الأجل وجب تسلمه إذا كان لا ضرر عليه، ولو قيل لا يجب كان أشبه، ولو سلمه وكان ممنوعاً من تسلمه بيد قاهرة لم يبرأ الكفيل، ولو كان محبوساً في حبس الحاكم وجب تسليمه لأنه متمكن من استيفاء حقه، وليس كذلك لو كان في حبس ظالم، انتهى.

أقول: هذه المسألة تشتمل على فروع:

الفرع الأول:

فيما إذا أحضره الغريم قبل الأجل، فإن الشيخ في محكي المبسوط قال بوجوب تسلمه، والظاهر الذي اختاره الشرائع عدم الوجوب، ولذا قال: (لو قيل لا يجب كان أشبه)، وهكذا إذا سلمه في غير المكان الذي وقع العقد على تسليمه فيه، أو على غير الشرط، فإنه إذا كان الزمان أو المكان أو ما أشبه حقاً للمكفول له، فلا وجه لسقوط حقه بإحضار الكفيل في غير المحل أو الزمان أو بغير الشرط الذي وقع عليه العقد.

ولذا قال في الجواهر: لعل مصلحة الأجل والمكان مشتركة بينهما، وأن ما اختاره الشرائع هو مختار الفاضل وغيره، ثم قيده بأن كلام الفاضلين جيد، حيث يكون اشتراط الأجل والمكان حقاً لهما، أما إذا كان حقاً للكفيل وأراد إسقاطه كان الأجود الأول كما تقدم نظيره في الدين المؤجل، ولعله إلى ذلك نظر الشيخ، انتهى.

ومنه يظهر أنه لو أحضره بعد الزمان المعين، كما إذا كان الزمان المعين الخميس وأحضره الجمعة، لم يجب عليه التسلم، إذ لعله لا يتمكن من التسلم في يوم الجمعة، ويتمكن من التسلم في يوم الخميس، وعليه فاللازم على الكفيل الصبر إلى الخميس الآتي مثلاً، فيما كان وقت التسليم كلياً يشمل كل

خميس حيث يتمكن المكفول له التسلم فيؤديه.

ومنه يعلم أن المكفول له لو طلب التسلم في غير الزمان أو المكان أو الشرط، ليس على الكفيل التسليم كذلك، لأنه مكلف بمقتضى العقد، وما يطلبه المكفول له غير مقتضى العقد.

ولو اختلفا في أن الكفالة هل كانت مطلقة أو مقيدة، فالأصل عدم التقيد، لأنه أمر زائد إذا شك فيه كان الأصل عدمه.

ولو اختلفا في التقييد على هذا النحو أو ذاك النحو، كما إذا قال أحدهما: إن الشرط كان التسليم يوم الجمعة، وقال الآخر: بل يوم الخميس، أو قال أحدهما: في هذا المكان، وقال الآخر: في المكان الآخر، أو قال أحدهما: بهذا الشرط، وقال الآخر: بشرط آخر، فحيث لا أصل في المقام يكون الموضع من التحالف، فإذا تحالفا يبقى أصل الكفالة وتنفى الخصوصيات، ويكون كما يريد الكفيل من التسليم لا المكفول له.

الفرع الثاني:

ما لو سلمه وكان ممنوعاً من تسلمه بيد قاهرة لم يبرأ الكفيل.

ومقتضى القاعدة أن الكفيل إذا أراد التسليم على الشرط أو الزمان أو المكان الخاص، ولم يتمكن المكفول له من التسلّم، سلمه الكفيل إلى الحاكم الشرعي، أما تسليمه له فهو كما ذكره غير مبرئ. وعلله في الجواهر بعدم التسليم التام الواجب عليه بانصراف إطلاق الأدلة إليه.

أما إذا لم يكن حاكم شرعي يتسلم ولابد له من عدول المؤمنين، فالظاهر براءة الكفيل، لأن الكفيل إنما كفل بهذا الزمان أو المكان أو هذا الشرط، وليس عليه أكثر من ذلك، فمقتضى «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»[1] أنه لا شيء عليه إذا أطلق المكفول

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٢ الطبعة الحديثة.

وشأنه، أو لم يحضره إطلاقاً فيما إذا لم يكن متسلم منه.

الفرع الثالث:

ما لو كان المكفول محبوساً في حبس الحاكم وجب تسلمه، لأنه متمكن من استيفاء حقه، وليس كذلك لو كان في حبس ظالم.

والظاهر أنه من باب المثال، إذ لا فرق بين العادل والجائر في أنه قد يتمكن وقد لا يتمكن، ولذا بعد أن علل الجواهر للفرق: بأن الكفيل حيث يرفع أمره إلى العادل يخرجه من الحبس أو يطالبه وهو فيه وينهى أمره معه ولو بأن يحبسه على الحقين معاً، وليس كذلك لو كان في حبس ظالم لغلبة عدم التمكن من استيفاء الحق معه، قال: ولو فرض إمكانه في حبس الظالم وجب تسلمه، كما أنه لو فرض عدم إمكانه في حبس العادل لم يجب تسلمه وهو واضح، انتهى.

ثم إذا لم يتمكن المكفول له تسلمه لحبس عادل أو ظالم أو ما أشبه، فالظاهر عدم الحق على الكفيل بعد ذلك، لما ذكرناه في الفرع السابق من أنه مكلف بالتسليم في وقته ومكانه وسائر الشرائط، فإذا لم يتمكن الطرف من التسلّم لم يكن عليه شيء، لأنه مناف لحق الكفيل، لتسلط الكفيل على نفسه، لكن للتأمل في بعض فروع إطلاق سراح المكفول مجال.

(مسألة ١١): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: إذا كان المكفول عنه غائباً في مكان معلوم ومتجاوزاً مسافة القصر وكانت الكفالة حالة وطلبه منه المكفول له أنظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به، وكذا لو كانت مؤجلة وطلبه منه آخر بعد حلولها وطلبه منه بمقدار ذلك، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل عن التذكرة عليه عامة أهل العلم، ضرورة اقتضاء وجوب الإحضار الذي هو مقتضى الكفالة ذلك، وإلا كان تكليفاً بغير المقدور، انتهى.

وفي كلام الجواهر الذي قيد الشرائع بقوله: (ومتجاوزاً مسافة القصر) نظر، إذ لا فرق بين مسافة القصر وعدم مسافة القصر في ذلك، كما أنه إذا كانت الكفالة موقتة بوقت يلزم أن يذهب الكفيل قبل ذلك الوقت حتى يحضره أول الوقت، فقوله: (وكذا لو كانت مؤجلة وطلبه منه آخر بعد حلولها وطلبه منه بمقدار ذلك) محل إشكال، كما أنه لا يلزم الطلب، بل اللازم إحضار الكفيل المكفول، طلبه منه أو لم يطلبه.

نعم إذا أسقط الطلب لم يكن عليه الإحضار، فتقييد الجواهر للمتن بقوله: (وطلبه منه) غير ظاهر الوجه، فاللازم على الكفيل إحضار المكفول في أول وقت قرر بينهما في العقد، فإذا لم يحضره في أول الوقت وسبب ضرراً على المكفول له، فالظاهر أن الكفيل يتحمل ذلك الضرر، لأنه هو الذي أضره، فدليل «لا ضرر» حاكم على ذلك، على التقريب الذي ذكروه في خيار الغبن وغيره.

فلا يقال: إن دليل «لا ضرر» لا يدل على إثبات الحكم، وإنما يدل على نفي الحكم، كما أنه إذا كان الوقت مثلاً يوم الجمعة، فرضيا بالإحضار يوم الخميس أو يوم السبت لم يكن ذلك ملزماً لأحد الطرفين، فإذا أحضره الكفيل يوم الخميس كان للمكفول له أن يقول إني استثنيت، وإنما أحضره لي

يوم الجمعة، وكذلك إذا رضي المكفول له بإحضاره يوم السبت كان له بعد ذلك أن يقول إني استثنيت وإنما أحضره لي نفس يوم الجمعة، وهكذا في طرف الكفيل، لأن مقتضى العقد هو المحكم، والرضا بخلافه لا يوجب تغيير العقد فيما إذا رفع الراضي يده عن رضاه، إلاّ إذا حصل ذلك بعقد جديد، حيث إن مقتضى العقد الثاني يوجب التزام كليهما به.

نعم إذا لم يلتزم أحدهما بالعقد الثاني، كان مقتضى القاعدة بقاء مقتضى العقد الأول، فعلى كل طرف الالتزام بالعقد الأول إلاّ إذا حصل منهما فسخ أو إقالة بالنسبة إلى العقد الأول، حيث إن مقتضاه يسقط وإنما يكون اللازم العمل بمقتضى العقد الثاني، وإذا سقط العقد الثاني أيضاً بالعصيان أو بالإقالة أو نحو ذلك فالمرجع القواعد الأولية.

نعم ربما يحتمل أنه إن أسقط المكفول له حقه من الخميس إلى الجمعة في المثال المتقدم، لم يكن له الرجوع إلى يوم الجمعة، فالحق يكون بالتسليم يوم الخميس.

وكيف كان، ففي أصل مسألة كيفية لزوم إحضار المكفول على الكفيل فيما إذا كان غائباً ثلاثة أقوال:

قال في القواعد: لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة، فالأقرب إلزام الكفيل بالمال أو إحضاره، مع احتمال براءته، ويحتمل الصبر، وفي مفتاح الكرامة ما قربه المصنف هو الذي صححه صاحب جامع المقاصد، لأن ذلك مقتضى الكفالة، فإنها تقتضي إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال، والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرئ وهو المسقط للحق، أو موت المكفول، وأن

الكفيل وثيقة على الحق كالرهن، فإذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفي من الوثيقة، انتهى.

وهذا هو مقتضى القاعدة، لما عرفت من أن معنى الكفالة الإحضار إذا أمكن، وإذا لم يمكن إعطاء المال على ما تقدم.

ثم قال مفتاح الكرامة: وأما الاحتمال الثاني فهو خيرة التذكرة، وكذا التحرير على إشكال له فيه، لأن الإحضار واجب مع الإمكان، وإذا غاب غيبة انقطع خبره بها كان إحضاره ممتنعاً فكان بمنزلة ما لو مات، ولأن وجوب الإحضار إذا سقط لم يجب المال، لأنه لم يتعهد به، ووجوبه مع وجوب الإحضار حين إمكانه إذا لم يأت به ورضي بالمال لا يقتضي وجوبه بدونه، وهذا أشبه بأصول الباب وأخباره، إذ ليس فيها المال، وإنما فيها الأمر بالإحضار، وظاهرها أنه مع الإمكان العرفي.

إلى أن قال: وأما الثالث فهو خيرة الإيضاح، مستنداً إلى أصالة بقاء الكفالة، ولا تتناول المال فيتوقع المكنة، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق، والفرق بين الهرب والغيبة المنقطعة أن الهارب يعلم موضعه، لكنه متى توجه إليه هرب إلى موضع آخر وهكذا، فكان بذلك كالغيبة المنقطعة، انتهى.

وأنت تعلم ما في الاحتمالين الأخيرين من النظر، لما عرفت سابقاً من أن مقتضى الكفالة هو الإحضار، وإذا لم يحضر لزم عليه إعطاء المال، فلا وجه للاحتمالين المذكورين.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: لكن قد يقال على القول بانحصار مقتضاها في الإحضار بعدم اعتبار إمكانه له بعد أن كان في حد ذاته من الممكنات، لأنه هو الذي أوقع نفسه في ذلك فيكلف به ويحبس عليه، ولو

لأن يفدي نفسه بأداء ما عليه ليتخلص من ذلك، كما هو مقتضى النصوص في حبسه.

إذ يرد عليه:

أولاً: اعتبار الإمكان لأنه هو مصب العقد، فلا ينفع كونه في حد ذاته من الممكنات.

وثانياً: إنه لم يعرف وجه الفرق بين أخذ المال منه ابتداءً، وبين قوله: ولو لأن يفدي نفسه بأداء ما عليه، فجعل هذا في مقابل ذلك القول غير ظاهر الوجه.

ثم إنه لا فرق بين أن يكون غائباً في وقت الكفالة، أو بعد وقت الكفالة، وبين أن يكون معلوم المكان مما لا تصل اليد إليه، وبين أن يكون مجهول المكان، لوحدة الملاك في الجميع.

ولو تمكن الكفيل من الإحضار بسبب أجير أو جعل جعالة لمن أحضره أو ما أشبه وجب عليه ذلك، لأن معنى الإحضار ليس الشخصي، وإنما الإحضار كيف ما كان.

ثم إنه قدم تقدم أن اللازم أولاً الإحضار، فإذا لم يحضر فالمال، فحينئذ يجب على الكفيل الإحضار وإن كان فيه ضرر عليه، لكن الضرر يقدر بقدر المركوز عند العقد بالنسبة إلى الكفالة، أما إذا كان ضرراً زائداً جسمياً أو مالياً أو حرجاً أو ما أشبه فليس الواجب عليه الإحضار، ويسقط حق المكفول له عن الإحضار إلى البدل، فعليه أن يعطي البدل.

ومما تقدم من مقتضى القاعدة، وذكره جامع المقاصد، يعرف وجه النظر في قوله الثاني، قال: لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه، أو حبس ظالم لا يمكن تخليصه، وجب الصبر إلى زمان إمكان إحضاره، ولو رجئ تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه، ولو احتاج إلى بذل مال فإشكال، انتهى.

ولذا قال في الجواهر: وكأنه مناف لما سمعته منه سابقاً.

ثم إنه لا خصوصية للظالم على ما عرفت في بعض المسائل السابقة، بل المعيار إمكان التخليص وعدم إمكان التخليص، سواء كان في حبس ظالم أو حبس عادل، كما أنه لا فرق بين بلاد الكفر وغيرها، كما إذا كان في جزيرة لا يمكن الوصول إليها أو ما أشبه ذلك، وإن كان البلد إسلامياً، فقول جامع المقاصد في كلا المكانين من باب المثال.

ومما تقدم يعرف الكلام فيما ذكره محكي التذكرة وجامع المقاصد، من أنه لو فرط الكفيل في إحضاره بأن طالبه المكفول له بإحضاره وكان متمكناً منه فهرب أو ماطل بإحضاره حتى غاب غيبة منقطعة، فإن أوجبنا المال وجب هنا، وإلا فإشكال، انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعدة إعطاء المال.

ولو قال الكفيل حين عقد الكفالة: أحضره بشرط أن يكون في البلاد القريبة أو ما أشبه ذلك، وكان حين طلب المكفول له أو حين وصول الوقت غير متوفر الشرط، لم يجب على الكفيل الإحضار، فإذا كان مطلقاً بقيت الكفالة، وإن كانت مقيدة بوقت خاص سقطت الكفالة بعد عدم توفر الشرط، لأنه مقتضى «المؤمنون عند شروطهم»[1] وغيره.

(١) الوسائل: ج٦ ص٣٥٣ الباب ٦ من أبواب الخيار ح٢.

(مسألة ١٢): قال في الشرائع: إذا تكفل بتسليمه مطلقاً انصرف إلى بلد العقد، وإن عين موضعاً لزمه، ولو دفعه في غيره لم يبرأ، وقيل: إذا لم يكن في نقله كلفة ولا في تسلمه ضرر وجب تسلمه وفيه تردد، انتهى.

أقول: إذا كان انصراف إلى بلد العقد أو غير ذلك فلا إشكال، وأما إذا لم يكن انصراف، فإن توافقا فهو، وإن تشاحا فالمرجع الحاكم، إذ هو كلي والكلي ينطبق على الفردين الذين يريدهما الكفيل والمكفول له، فلا وجه لترجيح أحدهما على الآخر بدون مرجح، فإن توافقا حصل المرجح، لأن الحق لا يعدوهما، وإن لم يتوافقا فالحاكم هو الفاصل في الأمر.

لا يقال: إنه لا حق للمكفول له، لأن الكلي ينطبق بإرادة الكفيل.

لأنه يقال: إذا لم يستعد المكفول له التسلم في البلد الذي يريده الكفيل، لم يحصل التسلم الموجب لانتهاء الكفالة.

نعم للكفيل تسليمه إلى الحاكم، مثلاً يريد الكفيل التسليم في كربلاء، ويريد المكفول له التسلم في النجف، فإذا تمكن الكفيل من تسليمه في كربلاء وسلمه إياه فهو، ولا حق له في عدم التسلم مع إعطائه له، وإذا لم يتمكن بأن كان المكفول له في النجف، فإن تمكن من تسليمه إلى الحاكم في كربلاء فهو، لأنه ولي الممتنع، وإن لم يتمكن أحضرهما الحاكم وأجبرهما على أحد الطرفين، لأنه المعد لقطع المنازعات.

لكن ربما يقال: إن الكلي لما كان منطبقاً على إرادة الكفيل فإذا لم يستعد المكفول له عن التسلم سقط حقه، وهذا أقرب وإن كان الأول أحوط.

أما بالنسبة إلى الفرع الثاني الذي ذكره الشرائع بقوله: وإن عين موضعاً لزمه ولو دفعه في غيره لم يبرأ، فإنما لا يبرؤ إذا لم يتسلمه المكفول له برضى

منه، وإلا كان تسليماً تاماً وموجباً لبراءة الذمة، وكان معنى ذلك رفع المكفول له يده عن شرطه، كما في العكس بأن كان المعين الموضع الخاص ورضى الكفيل بتسليمه في غير ذلك الموضع وسلمه إياه، فإن الكفالة تنتهي.

أما قول القيل المنسوب إلى الشيخ والقاضي بوجوب تسلمه، فقد عرفت في بعض المسائل السابقة ما فيه، لأنه خلاف الشرط، وإن لم يكن ضرر ولا كلفة.

(مسألة ١٣) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: لو اتفقا أي الكفيل والمكفول له على وقوع الكفالة، لكن قال الكفيل: لا حق لك الآن عليه لأداء أو إبراء أو غيرهما، كان القول قول المكفول له بيمينه لأصالة بقاء الحق، وكذا لو قال له: لا حق لك حال الكفالة، كان القول أيضاً قول المكفول له، بلا خلاف أجده فيه، لأن الاعتراف من الكفيل بوقوع الكفالة تستدعي ثبوت حق، فيكون هو مدعي الفساد والمكفول له مدعي الصحة، ولا ريب في أن القول قول مدعي الصحة لأصالتها، انتهى.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة بمثل ذلك، قال: قد صرح بتقديم قول المكفول له في الفرض المذكور في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية، وهو أيضاً صدقهم في ذلك.

ثم هل يحتاج الأمر إلى اليمين، كما عن المبسوط والسرائر واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية، لإطلاق «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، وعن التحرير إنه الأقرب، وعن المسالك إن القاعدة تقديم قول المكفول له مع يمينه.

أو لا يحتاج، كما عن مجمع البرهان، مستدلاً بأن الكفيل معترف بالكفالة وهي من دون ثبوت حق في ذمّة المكفول غير معقول، فلا تسمع دعواه ولا يحلف له، لأن دعواه تخالف قوله، وفي مفتاح الكرامة: هو قوي.

احتمالان، لكن الظاهر صحة قول المشهور، لأن قول الكفيل لا حق لك عليه الآن، يقتضي بطلان الكفالة أو أداء الحق، وكلاهما يحتاج إلى اليمين.

ثم إذا ثبت الحق للمكفول له، فهل يجب عليه أداء المال من غير بينة، كما احتمله في المسالك ومحكي التذكرة، أم لا يجب عليه إلاّ بالبينة كما اختاره الجواهر، قال: ضرورة أعمية ثبوت صحة الكفالة من ثبوت الحق

على المكفول، وهو كما ذكره، إذ الكفالة شيء والمال شيء آخر، وربما كفل لمقام دعوى أو نحوه، فمن أين يثبت عليه المال بدون البينة، وإذا لم تكن بينة على المال حلف الكفيل على العدم أو على عدم العلم، ويكفي ذلك في براءة ذمته. نعم لو أقام المدعي البينة بالحق كان له تغريم الكفيل على ما ذكرناه سابقاً.

وفي القواعد: إن أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم.

ونقله مفتاح الكرامة عن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة، وفي التذكرة أنه لو تعذر إحضاره فهل يجب عليه أداء المال من غير بينة إشكال، أقربه عدم الوجوب، وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك والروضة، لأن الحق لم يثبت بحلفه السابق كما عرفت.

وإشكال مفتاح الكرامة عليه غير واضح، قال: كذا قالوا ولي فيه تأمل، إذ الحلف السابق صيره كفيلاً واقعاً، فيجب عليه أداء المال إذا تعذر الإحضار، كما هو ظاهر كلام المبسوط والسرائر والشرائع وغيرها، لكن مقتضى القاعدة ما ذكروه لا ما ذكره لما عرفت.

وفي الجواهر بعد فتواه أنه لا يرجع به على المكفول لاعترافه بعدم كونه كفيلاً شرعاً وأنه مظلوم قال: ولكن إذا لم يعلم فساد دعوى المكفول له أمكن الرجوع بما أغرمه على ما في ذمة المكفول مقاصة، لأنه قد صار عوضاً عما أداه، أما لو علم فسادها فلا رجوع له عليه قطعاً. وهو كما ذكره.

ثم إنهما لو اختلفا في أصل الزمان أو الإطلاق أو التوقيت أو المكان كذلك أو الشرط فالأصل مع المنكر، لأنه خصوصية زائدة لم يعلم وجودها عند العقد.

أما لو قال كلاهما بالزمان واختلفا في أنه أول رجب أو أول شعبان مثلاً، أو في المكان واختلفا في أنه قم أو خراسان، أو في الشرط وأنه شرط كذا أو شرط كذا

من الأمرين المتقابلين مما لا جامع بينهما، فهو موضوع التحالف، ومع التحالف الإطلاق إن كان وإلا فالأصول العملية.

وإذا قال الكفيل: لا أقدر على الإحضار، وقال المكفول له: تقدر عليه، فبعد جريان موازين الدعوى يرجع الأمر إلى ضمان الكفيل للمال.

والظاهر أنه يأتي في هذه المعاملة الغرر أيضاً، كما إذا زعم الكفيل بأنه مديون عشرة، وعلى هذا الأساس كفله، حيث إنه فكر أن المكفول عنه إذا لم يؤد كان الأداء سهلاً فظهر أن الدين ألف، فالظاهر أنه يحق له فسخ الكفالة، فإذا لم يفت شيء على المكفول له بأن كان المكفول عنه حاضراً ومستولياً عليه فلا شيء على الكفيل، أما إذا فات شيء على المكفول له، فالظاهر أن الكفيل ضامن لا بالعقد، بل بسبب إضراره للمكفول له، حيث إنه قد تقدم في بعض مباحث الكتاب أن الضار وإن كان جاهلاً يتحمل عقبى ضرره.

وعلى هذا فلو اختلفا في أنه هل كان الكفيل عالماً بقدر المال أم لا، حلف الكفيل إن لم يقم المكفول له البينة.

ولو اختلفا في قدر المال الذي يريد الكفيل إعطاؤه، كان الأصل الأقل، إلاّ أن يقيم الطرف البينة على الأكثر حسب موازين الدعوى.

ولو اختلفا في الجنس، هل كانت الكفالة للشاة أو للثور مثلاً، حيث إن المكفول ذمته متعلقة بأيهما، فالمرجع بعد التحالف وسقوطهما أقلهما ثمناً، إذ هو متفق عليه، لما ذكرناه في بعض مباحث الاقتصاد من أن المطلوب للإنسان شيئان: الروح والجسد، فإذا تعذر الجسد رجع الأمر إلى الروح الاقتصادية، أي الثمن، فالعين جسد والثمن روح، فإذا تعذر الجسد، أو الشارع

أسقطه بسبب التحالف أو غيره رجع الأمر إلى الثمن، فتأمل.

ولو اختلفا في الكفيل، هل هو زيد أو أخوه، فكل واحد منهما يدفع الكفالة عن نفسه ويقول: إن الكفيل هو أخوه، والمكفول له يصدق أحدهما، أو لا يعلم لنسيان، أو لأنه وارث أو ما أشبه، لم يبعد أن يلزم الحاكم كليهما على الإحضار مشتركاً، أو دفع الثمن مشتركاً، لقاعدة العدل.

هذا فيما إذا جهل المكفول له أن أيهما كفيل أو نسي.

أما إذا قال: زيد كفيلي لا عمرو، وزيد يقول: أخي كفيلك لا أنا، فإن موازين الدعوى تجري بين زيد وبين المكفول له.

ولو اختلفا في أن أيهما مكفول، فقال الكفيل: كفلت زيداً، وقال المكفول له: بل كفلت عمرواً، جرت موازين الدعوى أيضاً بين الكفيل والمكفول له، ولا شيء على الكفيل بالنسبة إلى المكفول الذي يدعي هو أنه كفله بعد إقرار المكفول له بأنه ليس بكفيل.

ومنه يظهر حال النزاع في أن أيهما مكفول له، فالكفيل يقول: إنما كفلت لزيد، وعمرو يقول: إنما كفلت لي، فإنه تجري موازين النزاع بين الكفيل وبين عمرو.

(مسألة ١٤): قال في الشرائع: إذا تكفل رجلان برجل فسلّمه أحدهما لم يبرأ الآخر، ولو قيل بالبراءة لكان حسناً.

وفي القواعد: لو تكفل اثنان برجل فسلّمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر.

قال في مفتاح الكرامة: كما في التحرير والتذكرة والمختلف والإيضاح واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية.

والقول بعدم البراءة للشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة والقاضي فيما حكى عنه.

استدل للشيخ ومن تبعه بالأصل، وبكون الكفيلين كالرهنين الذين إذا فك أحدهما لم يفك الآخر، وفيهما نظر، إذ لا أصل بعد الدليل، وكون الكفيلين كالرهنين إنما يتم إذا قصد ذلك، والمشهور لا يقولون بالخلاف فيما إذا كان قصدهما ذلك، بل يقولون بأن المقصود تسلمه وقد حصل، حتى لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي أو تسلمه المكفول له بنفسه برئ لحصول الغرض.

ولذا أشار الجواهر إلى التفصيل الذي ذكرناه بقوله: إن ما ذكره الجماعة جيد إن كان المراد من كفالتهما الإحضار الواحد ولو على وجه يكونان معاً كفيلاً، فإنه لا إشكال في براءة كل منهما بأدائهما معاً دفعة وبأداء كل واحد منهما.

أما إذا كان المراد من كفالة كل واحد منهما الاستقلال، على وجه لو أسقط المكفول له حق الكفالة من أحدهما بإقالة ونحوها لم يسقط عن الآخر، فلا يخلو كلام الشيخ من قوة حينئذ، إلاّ إذا قصد تسليمه عن صاحبه فإنه يبرأ صاحبه، لكن هو لا يبرأ، ولعله ليس بين الشيخ وبين غيره إلاّ نزاعاً لفظياً.

أما في مقام الإثبات فهو تابع للقرينة، هل المراد منهما الكلي الذي يتحقق

بأحدهما بل وبغيرهما فتسقط الكفالة الثانية، أو المراد فردان من الكفالة حتى أن الكفالة لا تسقط إلاّ بفوات متعلقها أي أداء الدين ونحوه فهو يقتضي التعدد.

أما ما أشار إليه الجواهر في أخير كلامه المتقدم، وذكره مستقلاً بقوله: والظاهر أن محل البحث في التسليم عن نفسه، أما لو قصد التسليم عن صاحبه فلا إشكال في براءة صاحبه وإن بقي هو عند الشيخ، فوجهه أنه إن قصد التسليم عن صاحبه لم يؤد مقتضى العقد، فمقتضى ﴿أوفوا بالعقود﴾ أنه يجب أن يؤدي مقتضاه، وحيث إن العمل قابل للأصالة والنيابة يتعين في الخارج كونه أحدهما بالنية، لأن «الأعمال بالنيات»، كما إذا كان مديوناً بنفسه وعن غيره مالاً أو عبادةً أو ما أشبه، فإذا عمل عملاً بنية نفسه سقط ما على نفسه، وإذا عمل عملاً بنية غيره سقط عن غيره، وإذا لم ينو عن أحدهما فقد تقدم في بعض المسائل السابقة تفصيل الكلام والاحتمالات في ذلك.

ثم إنه لا فرق في الاختلاف المذكور بين الشيخ والمشهور بكون الكفالتين وقعتا على الترتيب، أو دفعةً بصيغة التثنية مثلاً، أو أجرى الكفالتين وكيلهما، أو غير ذلك.

وفي مفتاح الكرامة: الأصل وظاهر إطلاقاتهم جواز الأمرين.

كما أنه لا فرق بين أن تكون كلتاهما أصالة أو فضولة مجازة، أو إحداهما بالأصالة والأخرى بالفضولية المجازة.

ومن الواضح أن ذكرهم الاثنين من باب المثال، وإلا فالكفالات المتعددة أيضاً في حكم الاثنين من هذه الجهة.

ثم إذا تكفل الاثنان بإنسان فهرب ذلك الإنسان أو نحو ذلك، كان كل واحد منهما مديوناً للطالب، فله أن يأخذ من أيهما كل المال أو بعضه، بالتساوي أو بغير التساوي.

نعم لو تكفل الاثنان بحيث إنه يحضراه معاً ويؤديا دينه معاً، لم يكن حق للمكفول له أن يستبد بالأخذ من أحدهما أو يأخذ منهما متفاوتاً، بل هما شريكان في دفع الحق على التناصف.

ثم قال في الشرائع: ولو تكفل لرجلين برجل ثم سلّمه إلى أحدهما لم يبرأ من الآخر.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة بمثل ذلك: إنه كذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير والإرشاد واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح.

والحاصل: إنه لا خلاف فيه لأحد من الخاصة والعامة.

ومثله الجواهر في دعواه عدم الخلاف.

والدليل على ذلك واضح لأنه بمنزلة عقدين، فهو كما لو كفل لكل واحد منهما بانفراده، وكما لو ضمن دينين لشخصين فأدى أحدهما فإنه لم يبرأ من دين الآخر، كذا مثل بعضهم.

ثم إنه لو لم يتمكن إلاّ من التسليم لأحدهما فقط، يتخير الكفيل بين التسليم لهذا أو لذاك، فيسلم الشخص لأحدهما ويعطي المال للآخر حسب ما تقدم من موازين الكفالة.

وفي الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) أنه قال في حديث: «إذا تكفل رجلان لرجل بمائة دينار على أن كل واحد منهما كفيل لصاحبه بما عليه فأخذ منهما فللمأخوذ أن يرجع بالنصف على شريكه في الكفالة، وإن أحب رجع على المكفول عنه، وإن أخذ الرجل كفيلاً بنفسه ثم أخذ منه بعد ذلك كفيلاً آخر لزمهما الكفالة جميعاً»[1].

---

(١) الدعائم: ج٢ ص٦٤.

(مسألة ١٥): قال في الشرائع: إذا مات المكفول برئ الكفيل.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة بمثل ذلك، أي يخرج عن العهدة بموت المكفول، فإنه إذا مات بطلت الكفالة، ولم يلزم الكفيل شيئاً عند علمائنا كما في التذكرة، وعليه الإجماع في الغنية، وبالحكم صرح في المبسوط وغيره، وفي التنقيح إنه المشهور، ونفى عنه الخلاف في الرياض.

واستدلوا على ذلك بأنه تكفل ببدنه على أن يحضره وقد فات بالموت، ولأنه قد سقط المحظور عن المكفول فيبرأ الكفيل، ولأن المتبادر من الكفالة إنما هو الإحضار في حال الحياة، وهو المتعارف بين الناس فيحمل الإطلاق عليه.

لكن يمكن أن يقال: باستثناء صورة من الإطلاق، ولعلهم لم يريدوا هذه الصورة فأطلقوا، وهو ما إن كان عقد الكفالة بمعنى أن يحضره أو يدفع الدين عنه إذا لم يتمكن المكفول له عن ماله بأخذه عن المكفول أو تركته، وهذا هو مقتضى كون الكفالة غرامة، بل لعله متعارف عند الناس أنه إذا أراد منه ماله فلم يعطه وتكفل إنسان به كان معنى ذلك إن لم يحضره دفع المال فيما إذا لم يتمكن المكفول له من ماله، فإن تمكن المكفول له من المكفول بنفسه برئ الكفيل.

وكذلك إذا تمكن من أخذ ماله، سواء منه في حال حياته مقاصة مثلاً، أو من تركته بعد موته، وإلا كان على الكفيل أداء المال، فمرادهم بالبراءة البراءة عن الإحضار لا عن إعطاء المال، أو أن كلامهم في غير صورة كون العقد كما ذكرناه.

وبذلك يظهر أنه لا موقع بعد ما ذكرناه لكلام مفتاح الكرامة، حيث قال: ويبقى الكلام فيما إذا حضر الأجل فطلبه فماطل في إحضاره مع تمكنه منه

حتى مات. إذ لا فرق بين المماطلة وغيرها في أن الواجب الإحضار بشخصه، أو تحصيل المكفول له المال منه بأية كيفية، أو إعطاء الكفيل المال للمكفول له إذا لم يبرأ المكفول أو لم يسقط عن استحقاقه المال بأن صار كافراً حربياً مباح المال، إلى غير ذلك من الصور.

ثم إن القواعد قال بعد ذلك: (في غير الشهادة على عينه)، وفسره في مفتاح الكرامة بأنه يريد أن الخروج عن العهدة بموته إنما هو في غير الشهادة على صورته وعينه، لدلالة ذلك على عدم الاختصاص بحال الحياة.

أقول: فإذا كانت الكفالة على أن يحضره وجب عليه إحضار الميت، ومعنى الإحضار أن يعمل شيئاً يسبب رؤية القاضي أو الشهود جسد الميت، ولو بأن يذهب بهم إليه، لأن التسليم لا يتوقف على الإتيان بالمكفول حتى في حال حياته، بل هو الجمع بين المكفول له والمكفول.

ثم قال القواعد بعد ذلك: أو فيها بعد الدفن إن حرمنا النبش لأخذ المال. وفسره مفتاح الكرامة بقوله: يريد أن هذا فيما لم يدفن فإن دفن وحرمنا النبش لأخذ المال لم ينبش هنا أيضاً فيخرج عن العهدة بدفنه.

وفي جامع المقاصد: إنه يشكل بأن نبش الميت بالشهادة على عينه من الأمور المستثناة في الاستقلال غير متفرعة على جواز النبش لأخذ المال، فلا يلزم من تحريم النبش ثم تحريمه هنا.

ومنه يعلم وجه النظر في تقييد القواعد بقوله: (إن حرمنا النبش لأخذ المال)، ولذا قال في الجواهر: ضرورة عدم تفريع ذلك عليه، فإن الشهادة على عينه من مستثنيات النبش، سواء قلنا بجوازه لأخذ المال وعدمه.

وقد ذكرنا تفصيل الكلام في مستثنيات النبش في كتاب الطهارة،

والظاهر أن كلاً منهما جائز، سواء كان للمال أو الشهادة على العين، لأن أدلة النبش لا تشمل أمثال هذه الأمور إلاّ إذا كان شيئاً ضئيلاً جداً بحيث يعرف من الأدلة تقدم حرمة النبش على التلف في مثل ذلك المال، كما ذكرنا تفصيله هناك.

ومما ذكرناه من التفصيل في المسألة بين صورتي موت المكفول، يظهر وجه ما ذكره صاحب الجواهر مستشكلاً عليهم، حيث قال: لولا الإجماع المزبور لم يخل أصل الحكم من نظر، على اقتضاء الكفالة التخيير بين الإحضار والمال، فإنه إذا تعذر الأول يبقى الآخر.

ثم إن القواعد قال: ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق إلى ورثته. وفي مفتاح الكرامة كما في التحرير وجامع المقاصد، وفي التذكرة إنه الصحيح عندنا، لأنه حق للميت فينتقل إلى ورثته كغيره من الحقوق للعمومات، وقد تبعهم صاحب الجواهر فقال: إن موت المكفول له يقتضي أن الحق ينتقل إلى وارثه، لعموم أدلة الإرث بعد أصالة بقاء الحق.

أقول: هذا إذا كان العقد مطلقاً بحيث ينصرف ولو ارتكازاً إلى ذلك، أما إذا كان العقد خاصاً بالمكفول له فإنه ينتفي موضوعه بانتفاء المكفول له بالموت، وقول القواعد في كلامه المتقدم: (الأقرب) كأنه ناظر إلى قول بعض الشافعية حيث قالوا: بأن الكفالة تنقطع لأن الكفالة عقد ضعيف فلا يحكم بثبوتها، ولاقتضائها الإحضار إليه وقد تعذر، ولا يخفى ما في كلا الدليلين من الضعف.

وعن الإيضاح إنه لم يرجح أحد القولين، وفيه نظر.

ثم لو تكفل أن يحضره لأجل دين كان للمكفول له على المكفول، أو لأجل قصاص كان يطلب المكفول له من المكفول، فسقط بعض الحق بإبراء ونحوه

أو لأن المكفول له جرح المكفول الجارح له ببعض الجرح مما بقي بعض الجرح للمكفول له على المكفول، فالظاهر بقاء الكفالة للأصل.

ومنه يعلم أنه لو أسقط بعض ورثة المكفول له حقهم دون البعض، كان على الكفيل إحضار المكفول عند أولئك البعض الذين لم يسقطوا حقهم، ولو شك في بقاء حق الكفالة بعد إسقاط البعض كان الأصل البقاء.

ومنه يعلم أنه لو كان المكفول له يطلب من المكفول أرضاً فكفل له إنسان، فإن على الكفيل إعطاء الأرض إذا لم يتمكن من تسليم المكفول.

وهل ينفع إبراء الزوجة عن الكفالة أو أنها لا شأن لها حيث لا ترث عن الأرض فيما إذا مات المكفول له، وكذلك في الحبوة بالنسبة إلى غير الولد الأكبر، الظاهر الثاني، لأن عدم حق الزوجة وغير الولد الأكبر لا يوجب بطلان حق الكفالة، على ما عرفت في اختلاف الورثة في إسقاط بعضهم الحق دون البعض، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة في كتاب الإرث في باب الخيار الموروث إذا كان متعلق الخيار الأرض أو الحبوة بالنسبة إلى الزوجة وغير الولد الأكبر.

قال في الجواهر: أما موت الكفيل فلا إشكال في بطلان الكفالة حينئذ.

أقول: قد يقال: إن الكفيل إذا كانت كفالته بمعنى أنه ضامن في نفسه أو ماله أن يحضر المكفول أو أن يؤدي المال، فإنه لا وجه للقول ببطلان الكفالة، فإذا مات حتى تعذر الإحضار يلزم إخراج المال من تركته للمكفول له إذا لم يرد الورثة إحضار المكفول لتخليص التركة وإلا لم يستبعد أن يكون لهم ذلك، ولا حق للمكفول أن لا يحضر بأمرهم، فهم كالمورث في حقهم في الإحضار إذا كانت الكفالة على هذا النحو، مستنداً إلى تسلط الناس على أنفسهم، حيث إنهم يريدون تخليص التركة من حق المكفول له الذي لا يتحقق إلاّ

بإحضار المكفول، والمكفول حيث سقط تسلطه على نفسه، فكما للميت الكفيل إحضاره كذلك لورثته.

ثم إنه لو عفا المكفول له عن المكفول في باب القصاص قتلاً أو جراحةً أو نحوهما سقطت الكفالة لانتفاء الموضوع فينتفي الحكم.

ثم قال في القواعد: لو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها برئ الكفيل، وكذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالقضاء.

وقال في مفتاح الكرامة: هناك فرق بين انتقال الحق من الموروث إلى الوارث، وبين انتقال الحق من المستحق إلى غيره ببيع ونحوه، فإن الكفالة لا تنتقل حينئذ، بخلاف الإرث فإنه يقتضي نقل كل الحق للموروث فينتقل الدين وما يتعلق به.

والحاصل: إن مورد الإرث عام في المال وحقوقه، ومورد المعاوضة ما وقع عليه العقد، وقد نص عليه في التذكرة والحواشي وجامع المقاصد، لكن في الجواهر احتمال انتقال حق الكفالة بانتقال الدين ببيع أو حوالة ونحوهما.

والظاهر التفصيل، إذ مقتضى القاعدة أنه لو كانت الكفالة على نحو الكلي وإنما شخص زيد من باب الانطباق عليه يلزم أن يبقى الكفيل كفيلاً، لأن تبدل الفرد لا يوجب عدم انطباق الكلي الذي وقع عليه العقد على الفرد الثاني.

أما إذا كان من باب الشخص بطلت الكفالة، إلاّ إذا كان الشخص من باب الشرط، لا من باب القيد ومصب العقد، حيث إن للكفيل أن يسقط شرطه ويبقى

الكفالة وبعد إسقاط شرطه لا حق له في إعادة الشرط، فإن الإبراء سواء كان عن الشرط أو عن المال أو نحوهما يوجب سقوط الحق، وبسقوط الحق لا يمكن أرجاعه إلاّ بعقد جديد ونحوه.

فبهذا التفصيل في باب البيع ونحوه يظهر أن موضوع الإرث أيضاً كذلك، لأنه لو كانت كفالة شخصية لم يكن وجه للانتقال، بينما إذا كانت الكفالة على نحو الكلية كان اللازم الانتقال.

(مسألة ١٦): قال في الشرائع: إذا مات المكفول برئ الكفيل، وكذا لو جاء المكفول وسلم نفسه.

وفي المسالك: أي سلّم نفسه للمكفول له تسليماً تاماً، فإن الكفيل يبرأ بذلك لحصول الغرض وهو رده إلى المكفول له، ولا فرق بين وصوله إلى يده بالكفيل وغيره، وقيده في التذكرة بما إذا سلم نفسه عن جهة الكفيل، فلو لم يسلم نفسه عن جهته لم يبرأ لأنه لم يسلمه إليه ولا أحد من جهته، وأطلق في موضع آخر منها البراءة كما هنا وهو أجود، ولو سلمه أجنبي عن الكفيل فكذلك، ولو لم يكن عنه فالوجهان إلاّ أنه في التذكرة جزم هنا بالتفصيل، وزاد أنه لا يجب على المكفول له قبوله إلاّ أن يكون التسليم صادراً عن إذن الكفيل، محتجاً بعدم وجوب قبض الحق إلاّ ممن عليه، لكن لو قبل برئ الكفيل، وفي كل هذه الفروض نظر، وإطلاق المصنف وجماعة يقتضي عدم الفرق ولعله أوجه وكلام التذكرة مختلف، انتهى.

وإنما قيد التسليم بالتسليم التام الذي هو المفهوم من عبارة المحقق أيضاً، لأن التسليم إذا لم يكن تاماً لم يكن تسليم حتى من الكفيل كما تقدم، فكيف بالأجنبي أو بنفس المكفول.

هذا لكن مقتضى القاعدة أنه لا يبرأ الكفيل بتسليم المكفول نفسه مطلقاً، بل فيما إذا لم يكن غرض إلاّ التسليم، وقد انصب على ذلك الغرض العقد، إذ مقتضى العقد التسليم ولم يسلم الكفيل، وتسليم الأجنبي أو نفس المكفول أو إلقاء المكفول له القبض عليه غير مقتضى العقد الواجب الوفاء به، فالمقام مثل ما إذا كفله اثنان، حيث قلنا: إن تسليم أحدهما لا يغني عن تسليم الآخر.

وبذلك يظهر وجوه النظر في كلام كل من المحقق والتذكرة والمسالك،

كما أنه يظهر وجه النظر في التفصيل بين كون تسليم نفس المكفول نفسه، أو الأجنبي للمكفول بما إذا كان عن قبل الكفيل، أو لم يكن عن قبل الكفيل، إذ لمّا لم يكن ذلك بأمر الكفيل وإذنه لا معنى للتسليم عنه أو لا عنه.

وفي الجواهر بعد تأييده المحقق بعدم الدليل على اعتبار كون ذلك من الكفيل، إذ ليس هذا الحق أعظم من الدين، بل لا يبعد وجوب القبول لنحو ما سمعته منا في دفع الدين مع المتبرع، كما عن الأردبيلي التصريح به هنا، ثم نقله كلام التذكرة المتقدم في المسالك قال: ولكن لا يخلو من إشكال كما عرفته سابقاً في كفالة الاثنين، انتهى.

ولعله أشار إلى ما ذكرناه من الإشكال.

(مسألة ١٧): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فأنكر المكفول له كان القول قوله مع يمينه، لأصالة بقاء الحق بعد اعترافه بثبوته سابقاً، كما هو مقتضى دعوى الإبراء، فلو رد اليمين على الكفيل فحلف برئ من حق الكفالة، لكن لم يبرأ المكفول من المال بيمين غيره، فالدعوى بينه وبين المكفول مستقلة، فله اليمين على المكفول له لو ادعى عليه الإبراء، ولا يكتفي باليمين التي حلفها الكفيل، كما أن له رد اليمين على المكفول فإذا حلف برئ حينئذ، انتهى.

وقد نقل هذا القول مفتاح الكرامة عند قول العلامة بمثل قول المحقق، عن المبسوط والتحرير والتذكرة والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية.

وهو كما ذكروه، فهنا دعويان مستقلتان، لا دعوى واحدة حتى يكتفي فيها بيمين واحدة.

وعليه فإذا أخذ المكفول له من الكفيل لا يحق للكفيل الرجوع إلى المكفول، لأنه مقر على أن المكفول له ظالم عمداً أو اشتباهاً في أخذ المال، فلا شيء على المكفول حتى يرجع الكفيل عليه بعد أداء المال إلى المكفول له، كما تقدم مثله في بعض المسائل السابقة.

ثم قال الجواهر: نعم لو فرض سبق دعوى الإبراء من المكفول فحلف اليمين المردودة برئ هو وكفيله، وإن كان قد حلف المستحق أولاً للكفيل على عدم الإبراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفالة، كما لو أدى الحق، انتهى. وهو كما ذكره.

ثم إنه يصح للمكفول له الحلف على عدم علمه بالإبراء لإمكان النسيان

ونحوه، كما أنه إذا ورثه الوارث حق له الحلف على ذلك، ويكتفى به كما قرر في كتاب القضاء.

وذكرهم الحلف لأنه لا يمكن غالباً البينة، وإلا فلو ادعى الكفيل أنه أبرأه في هذه الساعة وكان عنده شاهدان على الإبراء، لم تصل النوبة إلى الحلف كما هو واضح.

(مسألة ١٨) قال في الشرائع: لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء جاز.

وفي المسالك: لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وإن لم يكن مالاً صح كفالة الكفيل من كفيل ثان، لأن الكفيل الأول عليه حق للمكفول له وهو إحضار المكفول الأول، وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل وهكذا، وهو معنى الترامي، ثم يختلف حكم الإحضار فيهم، فإنه متى أحضر الكفيل الأخير مكفوله برئ من الكفالة خاصة، وبقي على مكفوله إحضار من كفله وهكذا. ولو أحضر الكفيل الأول مكفوله برئ الجميع لأنهم فرعه، وإن أحضر الكفيل الثاني الكفيل الأول برئ هو وبرئ من بعده من الكفلاء وهكذا. لو أبرأ المكفول له الأول غريمه المكفول الأول وهو الأصيل برئوا أجمع، لزوال الكفالة بسقوط الحق، ولو أبرأ غيره من كفالته، أي أسقط عنه حق الكفالة برئ من بعده دون من قبله، انتهى.

وقد تبعه في كل ذلك الجواهر ومفتاح الكرامة وغيرهما، بعد أن نسب الثاني عند قول القواعد بمثل قول الشرائع الحكم إلى المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والإرشاد ومجمع البرهان، فإذا اشترك زيد وعمرو في جناية أو في دين يصح لصاحب المال أو المجني عليه أن يأخذ كل واحد منهما كفيلا على الآخر بالترامي، فيحضر هذا ذاك ويحضر ذاك هذا وهكذا.

ويأتي هنا ما قلناه سابقاً من صحة كفالة اثنين دفعةً أو مرتباً لمكفول واحد وهكذا، فإذا كان نفران الحاكم يريدهما، فإن كل واحد منهما يكفل إحضار الآخر عند الحاكم، فإذا أحضر زيد عمرواً برأت ذمة زيد من الكفالة، وبقيت ذمة عمرو مشغولة بالكفالة حتى يحضر زيداً، وهكذا في صورة الترامي على ما ذكره المسالك.

(مسألة ١٩): قال في الشرائع: لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه صح، لأنه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفاً.

قال في المسالك والروضة تبعاً للكركي: إن إطلاق الرأس والوجه على أنفسهما خاصة أشهر من إطلاقهما على الجملة، وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط وأصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح. نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة، كما أنه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعاً، بل كالجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه، وبالجملة الكلام عند الإطلاق وعدم قرينة تدل على أحدهما، فعند ذلك لا يصح التعليل بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة، انتهى.

لكن في ذلك ما أورده عليه الجواهر: بأن المراد من التعليل المزبور بيان صحة الإطلاق المزبور المراد منه ذلك قطعاً في عقد الكفالة ولو باعتبار تعارف التعبير به مريداً به الجملة فيها، أو بيان الاكتفاء فيها في الحمل على الوجه الصحيح لأصالة الصحة وغيرها بقابلية اللفظ بذلك، بخلاف ما إذا لم يكن قابلاً، انتهى.

وهو كما ذكره، لأن الكلام في صحة مثل هذه الألفاظ، وقد حقق في صيغ العقود أن الصيغة لو كانت مشتركة بين معنين أحدهما صحيح والآخر باطل فعقدا كان مقتضى أصل الصحة كون المراد الصحيح من المعنيين، كما أنه لا إشكال فيما إذا كانت هنالك قرينة حالية أو مقالية.

ثم إن القواعد قال بعد مثل العبارة المتقدمة: أما لو قال: كفلت كبده، أو غيره مما لم تمكن الحياة بدونه، أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففي الصحة

نظر، ينشأ من عدم السريان كالبيع، ومن عدم إمكان إحضار الجزء إلاّ بالجملة فيسري، وكذا لو كان جزءاً يمكن الحياة مع انفصاله كيده ورجله.

وفي مفتاح الكرامة في الفرع الأول من القواعد إلى قوله فيسري: الأقرب الصحة كما في التحرير، وهو الوجه كما في التذكرة ومجمع البرهان، وذلك لأن كفالة الجزء الذي لا تمكن الحياة بدونه تقضي إلى كفالة المجموع، لأن إحضاره لا يمكن إلاّ بإحضار المجموع.

أقول: إن المتعاقدين إذا قصدا الكبد مثلاً وحدها، فمقتضى القاعدة عدم الصحة لعدم تعارف مثل هذا العقد، والأدلة الشرعية إنما تنصب على المتعارف كما لا يخفى، أما إذا قصدا المعنى الساري إلى المجموع كان مقتضى القاعدة الصحة، لأن المستفاد من أدلة الكفالة صحتها في الجملة لا خصوص صيغة بعينها، فكل لفظ دل على الكفالة ولو بقرينة عدم إمكان إحضار العضو وحده يصلح لها لكون المقصود الكل.

والحاصل: الكلام تارةً في مقام الثبوت، وتارةً في مقام الإثبات وظاهر اللفظ، والمهم مقام الثبوت، أما مقام الإثبات فيتمسك فيه بالظهور أو أصالة الصحة، وأما مقام الثبوت فتابع للقصد، فإن قصد المعنى الصحيح فالكفالة صحيحة، وإلا فهي باطلة.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره جامع المقاصد في رد القواعد بقوله:

ولقائل أن يقول: إن إحضاره وإن كان غير ممكن بدون إحضار المجموع إلاّ أنه لا يقتضي الصحة، لأن الإحضار فرع الكفالة والمطلوب إنما هو صحة الكفالة وإحضار ذلك العضو، وحيث إن صحتها إنما تكون بكفالة المجموع و لم يصح ههنا إذ المتكفل به ليس هو المجموع ولا ما يستلزم، وإن كان حكم

الكفالة وهو إحضار ذلك العضو غير ممكن إلاّ بإحضار المجموع، والعقود أسباب متلقاة من الشرع فلا بد في صحتها من النص، على أن التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف، انتهى.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الشرائع أخيراً قال: ولو تكفل بيده أو رجله واقتصر لم يصح، إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجرداً، ولا يسري إلى الجملة.

بل هو المحكي عن المبسوط ومن تأخر عن المحقق، كما يظهر من الجواهر ومفتاح الكرامة وغيرهما، وفي القواعد وجهان، وفي المسالك لا يبعد القول بالصحة، وقد عرفت عدم ظهور فرق لا في مقام الإثبات ولا في مقام الثبوت.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر للفرق بينه وبين الأول: هو صحة التعبير بالأول عن الجملة فيكفي أصل الصحة حينئذ في الحكم بإرادتها منه بعد فرض عدم صحة التعبير بها عن الجملة، بل لابد من التصريح بذلك أو بقرينة أخرى فيكفي حينئذ، وإن كان غلطاً لما عرفت، انتهى.

إذ ما ذكره غير فارق لا في مقام الثبوت ولا في مقام الإثبات، ففي مقام الثبوت المعتبر القصد، وفي مقام الإثبات المعتبر الظهور أو القرينة.

(مسألة ٢٠): الظاهر صحة الكفالة بالبعض دون الكل، كما إذا كان بين النجف وكربلاء عشرة فراسخ، فيقول الكفيل: إني أكفل أن آتي به إلى ربع المسافة.

وكذلك يكفل بأن يأتي به بقدر ربع مؤنة الإتيان به، كما إذا كانت مؤنة الإتيان به أربعة دنانير، فيقول: إني كفيل بالإتيان به بإعطاء دينار فتأمل.

وكذلك إذا كان كفيلاً بالإتيان به بربع مؤنة وسيلة النقل كربع السيارة الحاملة له.

فإذا انضم إليه كفيل آخر بالثلاثة الأرباع الأخر في الفروض الثلاثة صحت كفالة تامة، وكذلك إذا استعد المكفول له بالثلاثة الأرباع الأخر، وكذلك فيما إذا كان على كل منهما النصف أو بالاختلاف في غير الربع، كالخمس والثلث وما أشبه، وذلك لأنه عقد عقلائي يشمله دليل ﴿أوفوا بالعقود﴾، فإذا لم يعمل الكفيل بما التزم فإنه ضامن بقدر ما التزم.

كما أنه تصح الكفالة بعدم الإحضار عند المكفول له، بل بالإحضار عند الحاكم أو عند إنسان آخر أو في مكان خاص، كما إذا تكفل أن يحضره إلى دار فيسجنه فيها حتى يأتي المكفول له أو الحاكم أو وكيل أحدهما فيتسلمه، كل ذلك لما عرفت من العرفية والإطلاق.

نعم لا يصح للكفيل أن يقول: أنا كفيل نصفه لا نصفه الآخر، لأنه غير عقلائي، ولا يشمله الدليل، وإن صحت الكفالة بكفيلين كلاهما معاً يكفلانه، حيث تكون النتيجة أن نصف الكفالة واقع على كل واحد منهما كما سبق، وقد تقدمت رواية الدعائم الدالة على ذلك، بالإضافة إلى العرفية والإطلاقات.

(مسألة ٢١): قال في القواعد: لو أسلم الكفيل على الخمر برئ من الكفالة، ونقله مفتاح الكرامة عن التذكرة والتحرير، قال: ومعناه أنه إذا كان لذمي على ذمي خمر وكفله ذمي آخر ثم أسلم الكفيل فإنه يبرأ من الكفالة، لامتناع كون المسلم كفيلاً بالخمر، فتبطل الكفالة ويبقى الحق بين الذميين كما كان، وظاهر التذكرة أنه لا مخالف فيه أيضاً من العامة، انتهى.

ومقتضى القاعدة عدم البراءة من الكفالة، لأن الكفالة للبدن، فإذا لم يمكن انتقل إلى الضمان بالدين، وحيث لا يتمكن المسلم من إحضار الخمر أحضر بدلها جمعاً بين الحقين، كما ذكرنا مثل ذلك في كتاب الرهن.

ومنه يعرف وجه تضعيف جامع المقاصد تبعاً للسيد العميد للقواعد قال: لأن الكفالة ليست بالخمر، بل بمن عليه الخمر، وهو حق بالنسبة إلى الذميين ولهذا يمنع المسلم من التعرض إليه ويضمن قيمته لو أتلفه مع عدم التظاهر، بل قد بالغ السيد الفاضل عميد الدين فجوز كفالة المسلم للذمي إذا كان في ذمته خمر أو ختزير لذمي آخر، محتجاً بأن الكفالة ليست بالمال بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكفول له في ذمة الكفيل، وهو هنا كذلك، ولا شبهة في وجوب الحضور على المديون هنا إلى مجلس الحكم لو طلبه المستحق فلا مانع من صحة الكفالة أصلاً.

ومنه يعرف صحة الكفالة فيما لا يصح بنظر المسلمين، كما إذا تزوج الأخ أخته إذا كانا مجوسيين فأرادت الهرب مثلاً أو أراد الهرب، فكفل المسلم بإحضاره أو إحضارها عند الحاكم، مع أن الزواج عندنا باطل، وإذا لم يتمكن من الإحضار انتقل إلى إعطاء المهر مثلاً إلى الزوج، كما تقدم مثل ذلك في أشباه الزواج.

ومنه يعلم وجه النظر في إشكال مفتاح الكرامة على المحقق المذكور بقوله: وأنت خبير بأن مقتضى الكفالة الإحضار، فإن امتنع من إحضاره حبس حتى يحضره أو يؤدي ما عليه، وكذا لو امتنع عليه إحضاره على رأي، فإنه يلزم بالمال. ومن المعلوم أن الخمر مثلية، فإلزام المسلم بها هو أن يأتي بمثلها لا بقيمتها، ومن المعلوم أن الخمر لا تجب على المسلم ولا على الكافر، لأنه يمتنع في شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر، فعاد الأمر بالآخرة إلى كون المسلم كفيلاً بالخمر كما قالوه، انتهى.

ومنه يعرف الحال في ما إذا كان المكفول له يطلب المكفول عنه بالخمر وهما ذميان فأسلم أحدهما، فإنه إذا أسلم المكفول له طلب الثمن، وإذا أسلم المكفول عنه أعطاه الثمن جمعاً بين الحقين.

ومثل الخمر والخنزير سائر الأشياء التي لا مالية لها في شرع الإسلام، بل مسألة الخنزير أهون، كما ذكرناه في بعض كتب الفقه كالرهن وغيره، حيث إن الخنزير لا يبعد القول باختصاصه بالصحة من جهة صحة جعل جلده للسقاء وشعره للحبل، وإن كان للتأمل في كلتا المسألتين مجال، والله العالم.

(مسألة ٢٢): قد تقدم الإلماع إلى أنه يدخل خيار الشرط وغيره من الخيارات الممكنة في عقد الكفالة، وقد نص على ذلك في مفتاح الكرامة في الجملة، قال: عقد الكفالة يصح دخول الخيار فيه مدة معينة لقوله جل شأنه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]، وقوله (صلى الله عليه وآله): «المؤمنون عند شروطهم»[2]، نص على ذلك في التذكرة، وحكي عن الشافعي بطلان العقد، وعن أبي حنيفة بطلان الشرط فقط.

أقول: كلا القولين غير ظاهر الوجه، فمقتضى القاعدة هو قول التذكرة والمفتاح.

(١) المائدة: الآية ١.

(٢) الوسائل: ج٧ ص٥١ الباب ٤٠ من أبواب المهور وكتاب النكاح ح٤.

(مسألة ٢٣): قال في مفتاح الكرامة: إذا قال رجل لرجل إن فلاناً قد لازم فلاناً وضيق عليه فاذهب فتكفل به، فتكفل كما أمره غير مكره، كانت الكفالة على من باشر العقد دون الآمر، نص عليه في المبسوط، انتهى.

وهو كما ذكره، إذ معنى تكفل فلاناً ليس أن الآمر هو الكفيل، وإنما المباشر هو الكفيل.

نعم إذا قال له: اذهب وتكفل به عني، كان وكيلاً، فإذا فعل يكون الكفيل الآمر، والوكالة تدخل في الكفالة كما يدخل فيها الفضولي كما تقدم.

أما قوله: إن فلاناً قد لزم فلاناً وضيق عليه، فمن الواضح أنه من باب المثال، إذ لا خصوصية له، كما أنه إذا أكرهه على أن يتكفل فالمكرَه مرفوع عنه الحكم وكان كالفضولي، إن شاء أجاز وإن شاء رفض، لرفع الإكراه.

نعم إذا كان الإكراه على حد لا يشعر بما يقول أو لم يقصد المعنى عند إجراء صيغة الكفالة بطلت ولا شيء، ولا يتمكن من الإجازة بعد ذلك، إذ اللفظ كلا لفظ حينئذ، فإنما الأعمال بالنيات، ولفظ المكرَه الذي لا يشعر ما يقول كلا لفظ.

(مسألة ٢٤): لو أن إنساناً كان يطالب غريماً، وكان الغريم يريد السفر أو نحوه، فقال له شخص: اتركه فأنا كفيله، فالظاهر صحة الكفالة لإطلاق الأدلة والعرفية كما تقدم، فإذا أحضره فهو وإلا كان ضامناً للمال على ما سبق، وهل يعتبر تعيين الوقت، الظاهر لا، إذ لا خصوصية للأوقات.

نعم يجب أن لا يكون الموضوع غرراً، لنهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر[1]، وبكلا الفرعين أفتى المحقق القمي في جامع الشتات.

---

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب التجارة ح٣.

(مسألة ٢٥): لو أعطى شخص إنساناً بيد إنسان وقال: احفظه لي حتى آتي لآخذ منه ديني مثلاً أو ما أشبه، وقبل الآخذ ذلك، فالظاهر وجوب الحفظ عليه، لأنه كفالة معاطاتية، فإذا أطلقه وثبت دين الآمر على المأخوذ كان على الآخذ أن يؤدي دينه.

نعم إذا لم يثبت دينه عليه فليس على الآخذ شيء، ومجرد ادعاء الآمر بأنه يطلبه مثلاً لا يوجب حقاً على المأخوذ.

وإذا أقام المأخوذ شاهدين عند الآخذ بأن الآمر ظالم له لم يكف ذلك في رفع كفالته، إذ الشهود يجب أن يكونوا عند الحاكم الشرعي، بل الحاكم الشرعي أيضاً إذا أقام المأخوذ الشاهدين عنده وحكم يكون حكماً على الغائب، والغائب على حجته، فإذا جاء الآمر وأثبت كذب المأخوذ كان له أن يطالب الكفيل بمقتضى الكفالة.

(مسألة ٢٦): إن أراد زيد المعاملة مع عمرو، لكن عمرواً لا يثق به، فقال خالد لعمرو: تعامل معه وأنا كفيله، فالظاهر أن الكفالة محققة، فإذا تعامل معه فلم يؤد زيد مقتضى المعاملة كان اللازم على الكفيل إمّا إحضاره عند الحاكم، وإما الأداء، فإن إطلاقات أدلة الكفالة والعرفية شاملة لمثل هذا أيضاً.

(مسألة ٢٧): فيها فروع:

(فرع ١): لو اختلفا في أنه هل أحضر المكفول عند المكفول له أو لا، أو هل أحضره إحضاراً تاماً أو لا، أو هل أحضره فيما كان المكفول له قادراً على تسلمه أو لا، فالقول قول المكفول له، لأصالة عدم الخصوصيات التي يدعيها الكفيل.

(فرع ٢): لو كفل فلم يتمكن من الإحضار، فإن كان الشيء مثلياً أدى مثله إلى المكفول له، وإن كان قيمياً أدى قيمته إليه، وإن كان مثل الإبل والبقر والغنم كما في كفالة القاتل فأخذه المكفول له ثم جاء المكفول واستعد أن يعطي المكفول له حقه، فالظاهر أن أصل مال الكفيل يرجع إليه دون الفوائد التي استفادها المكفول له، كالنتاج واللبن والشعر ونحو ذلك، إذ مقتضى كونه بدل الحيلولة أنه مثله في أن النتاج للمكفول له.

نعم للكفيل أن يرجع بالنتاج ونحوه إلى المكفول عنه، لأنه سبب ضرره وخسارته، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة في كتاب الغصب في موضوع بدل الحيلولة.

أما إذا أتلف المكفول له أعيان مال الكفيل، فللكفيل أن يرجع إلى المكفول عنه بمثل أو قيمة أعيانه.

(فرع ٣): الظاهر أن في دية القتل ونحوه مما يكون القاتل والعاقلة مخيراً بين أشياء، الكفيل أيضاً يكون مخيراً بين تلك الأشياء، لأن الكفيل قائم مقام المكفول عنه، فكما هو مخير كذلك يكون الكفيل مخيراً، فلا حق للمكفول له بتعيين شيء من تلك الأشياء، كأن يطالب منه مثلاً الإبل لا الدينار أو الشاة لا البقر، إلى غير ذلك.

وقد ذكرنا في كتاب الديات أن التخيير بين الأشياء كما هو جار في القتل، كذلك هو جار في مثل قطع اليد ونحوها، حيث

إن ما ذكر في جملة من الروايات من الإبل أو نحوه إنما هو من باب المثال، لا من باب الخصوصية، بقرينة روايات أخر حاكمة على تلك الروايات، مما يجعل ديات الأعضاء مثل ديات النفس.

(فرع ٤): إذا هرب المكفول عنه أو سجن أو ما أشبه ممّا لا يمكن وصول اليد إليه، وكان مال المكفول له بعينه موجوداً في أثاثه، فالظاهر أن للكفيل الحق في أخذ عين المال وإرجاعه إلى المكفول له، نعم يشترط في ذلك إذن الحاكم الشرعي لأنه ولي القاصر والغائب ونحوهما.

أما إذا لم يكن عين مال المكفول له موجودة في أثاث المكفول عنه وكان له مال، فالظاهر الحق للكفيل في أن يأخذ من مال المكفول عنه ويعطيه إلى المكفول له، لكن بشرط إذن الحاكم أيضاً، فإذا كانت له أقسام متعدّدة من المال تخير الحاكم الشرعي في أن يجيز للكفيل بأن يأخذ من أيها ويبيعه ويعطيه ثمنه أو يعطي عينه للمكفول له.

وإذا لم يمكن الحاكم الشرعي ليستجيز منه الكفيل في الفرعين، كان له مراجعة عدول المؤمنين، فإن لم يمكن ذلك أيضاً أخذ بنفسه وأعطاه له، والظاهر أن من عدم الإمكان ما إذا كان رجوعه إلى الحاكم الشرعي أو إلى عدول المؤمنين غير منتج، لأنه لا يتمكن من إثبات الكفالة ونحو ذلك، فإن له أن يأخذ بنفسه، كما أجاز رسول الله (صلى الله عليه وآله) هنداً أن تأخذ من مال أبي سفيان لأجل النفقة، فإن مناط الحديث المذكور موجود في المقام، بالإضافة إلى دليل «لا ضرر»، و«لا يتوى» وغيرهما من الأدلة العامة.

(فرع ٥): إذا تكفل إنسان إنساناً ثم ظهر له أنه إذا سلم المكفول عنه إلى المكفول له أضره ضرراً بالغاً، مثل أن يقتله أو ما أشبه في ما لا حق للمكفول له في ذلك، فالظاهر أن المسألة من باب الأهم والمهم، فيلاحظ أهم الحقين،

فإن كان حق المكفول له أهم من الإضرار الذي يضره بالمكفول عنه أخذ الكفيل المكفول عنه وسلمه إلى المكفول له، وإذا كان حق المكفول له أقل من الإضرار ونحوه الذي يتزله المكفول له بالمكفول عنه، فلا يحق للكفيل تسليمه إلى المكفول له، فإن دليل «لا ضرر» محكم على الأدلة الأولية، لكن مع عدم التسليم يضمن حقه.

(فرع ٦): الظاهر صحة الكفالة عند الجائز بموازين جواز مراجعته، فإذا لم تجز مراجعته لم تجز الكفالة عنده، وذلك للأدلة العامة في كل من المستثنى والمستثنى منه.

(فرع ٧): حيث إن الحوالة تفيد نقل المال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، كما ذكرنا تفصيله في كتاب الحوالة، فإذا كفل رجلان رجلاً لا على سبيل التنصيف وما أشبه، بل بأن يكون كل واحد كفيلاً مستقلاً، فلم يتمكنا من تسليم المكفول عنه إلى المكفول له، فأحال أحدهما ما عليه من المال للمكفول له على إنسان، فالظاهر براءة كلا الكفيلين، إلاّ أن يكون كل واحد كفيلاً مستقلاً بحيث إن تسليم أحدهما لا يكفي عن تسليم الآخر، فإن في هذه الصورة لا تبرأ ذمة الآخر إلاّ بتسلم المكفول له المال من المحال عليه حيث تسقط الكفالة بسقوط موضوعه.

وإلى ذلك ألمع رواية الدعائم، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «إذا كان لرجل على رجل دين وكفل به رجلان فله أن يأخذ أيهما شاء، فإن أحاله أحدهما لم يكن له أن يرجع على الثاني إذا أبرأه».

(فرع ٨): إذا هرب المكفول عنه أو جنّ أو ما أشبه مما لا يمكن الوصول إليه، وادعى المكفول له أنه يطلبه مائة، و لم يعلم الكفيل صدقه عن كذبه، كان له

على المكفول له البينة، فإن أتى بها فهو، وإلا حيث يتوجه الحلف إلى الكفيل ولا يتمكن من الحلف لعدم علمه فله أن يرد الحلف على المكفول له، فإذا حلف كان له على الكفيل ما حلف عليه، كما له أنه يحلف على عدم علمه بالمقدار المتنازع فيه، حيث يعلم الكفيل بأن الدين ستون ويشك في باقيه إلى المائة، لكن إذا قال الكفيل: إنه يكذب، و لم يأت المكفول له بالبينة حلف الكفيل على العلم وثبت قوله على مقتضى قوانين الدعاوي.

(فرع ٩): إذا لم يعلم كل من الكفيل والمكفول له ما يطلبه المكفول له عن المكفول عنه، فإن كان هناك قدر متيقن أخذ به، وإن كان الأمر دائراً بين شيئين فالظاهر تحكيم قاعدة العدل بالتنصيف، كما إذا كان الأمر دائراً بين شاة وثور، حيث يعطي الكفيل للمكفول له نصف الشاة ونصف الثور، وإن كان الأمر مجهولاً مطلقاً، فالفاصل الصلح القهري الذي يلجؤهما الحاكم الشرعي عليه، وقد ذكرنا مسألة الصلح القهري في بعض أبواب الفقه، وأنه قد ذهب إلى ذلك جمع من الفقهاء.

وبما ذكرناه يقيد مفهوم رواية الدعائم، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام) حيث قال: «إذا تحمل الرجل بوجه الرجل إلى أجل فجاء الأجل من قبل أن يأتي به حبس إلاّ أن يؤدي عنه ما وجب عليه إن كان الذي يطالب به معلوماً وله أن يرجع به عليه، وإن كان قد طلب ما لا بد فيه من إحضار الوجه كان عليه إحضاره إلاّ أن يموت، فإن مات فلا شيء عليه»[1]، فإن قوله (عليه الصلاة والسلام) (معلوماً) مفهومه إن كان مجهولا لا شيء عليه، أو إنه ليس حكم المجهول حكم

(١) الدعائم: ج٢ ص٦٤.

المعلوم فاللازم تقييد المجهول بما ذكرناه، كما أن قوله: فإن مات فلا شيء عليه قد تقدم بعض الكلام فيه في بعض المسائل السابقة.

(فرع ١٠): لو ظهر أن الكفيل كان مغروراً، بأن زعم أن الدين مائة فظهر ألفاً، لم يبعد حقه في الفسخ، لدليل الغرر، والظاهر أن المكفول له له حق أخذ المائة منه دون الزائد.

أمّا الأول: فلدليل «لا ضرر»[1]، و«لا يتوى»[2]، والإقدام وغيرها، بل و(ما يضمن بصحيحه).

وأمّا الثاني: فلأنه بعد الفسخ لا حق عليه في التسعمائة، وإن كانت المسألة بحاجة إلى التأمل.

ولو كان الكفيل قيد الدين بمائة في العقد، فظهر ألفاً، لم يكن عليه إلاّ الإحضار، أو إعطاء المائة، لكن لا يخفى أن الكفيل لو شرط في الكفالة كون الدين بقدر مائة فبان أكثر، كان له حق الفسخ حسب الشرط ولا حق للمكفول له في الأخذ منه ولو بمقدار مائة.

(فرع ١١): لو كان الكفيل يزعم أنه قوي قادر على الإحضار، فظهر أنه كان ضعيفاً غير قادر عليه، أو زعم أن المكفول عنه ضعيف يقدر على إحضاره فبان أنه قوي لا يقدر على إحضاره، فإن كان ذلك على نحو القيد بطل العقد، وإن كان على نحو الشرط كان له حق الفسخ، وإن كان على نحو الداعي كان العقد باقياً عليه إما الإحضار وإما الخسارة.

(فرع ١٢): لو تحول الكفيل القوي ضعيفاً، أو المكفول عنه الضعيف

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح٣.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب كتاب الشهادات ح٥.

قوياً، أو المال الذي يسوى قليلاً يسوى كثيراً بسبب التضخم، فإن كان على نحو الشرط أو القيد فكما في الفرع السابق، وإن كان على نحو الداعي بقيت الكفالة على حالها، كما هو مقتضى القاعدة في الأمور الثلاثة.

(فرع ١٣): القوانين الوضعية الباطلة شرعاً كما هي الجارية الآن في كافة بلاد الإسلام إذا كان الإنسان مطلوباً بها فكفله الكفيل كانت الكفالة باطلة، وليس لمثل هذه الكفالة من أثر شرعي، كما أن الكفالة بذاتها لو كانت غير شرعية لفقد شرط ونحوه كما في القوانين الوضعية الحاضرة أيضاً تكون الكفالة باطلة، ومن الفرع الثاني ما لو أجبرت الدولة إنساناً على الكفالة بدون رضاه فكفل مكرهاً.

(فرع ١٤): لو قال: إني أكفل المجيء به بكل سعيي، وإذا لم أتمكن فلا شيء علي، أو إذا لم أتمكن أعطي نصف المبلغ أو ثلثه أو ربعه أو ما أشبه، فهل يصح، احتمالان، من أنه مقتضى الشرط و«المؤمنون عند شروطهم»، وأنه عقد عقلائي وإن لم يكن من الكفالة المعروفة، ومن أنه خلاف مقتضى العقد، والشرط المخالف لمقتضى العقد يوجب الفساد كما قرر في محله.

لكن لا يبعد الصحة من باب أنه عقد مستقل لم يمنع عند الشارع، ودليل الكفالة ليس مانعاً عن مثل ذلك، وقد ذكرنا غير مرة أن العقود المتسحدثة صحيحة إذا لم يمنع عنها الشارع، كما قاله الجواهر والعروة وغيرهما.

(فرع ١٥): إذا كفل إحضاره عند الحاكم على نحو القيد، فتغير الحاكم من العدالة إلى الفسق، بأن صار نفس الحاكم العادل فاسقاً، أو فاقداً لبعض الشرائط الأخر، أو تبدل الحاكم من عادل إلى فاسق، فالظاهر بطلان الكفالة لتعذر متعلقها، وإن كانت المسألة بحاجة إلى التأمل.

(فرع ١٦): لو لم يحضر الكفيل المكفول عنه في الوقت المقرر أو عند المطالبة في الكفالة المطلقة، فالظاهر أن للمكفول له إذا لم يمكنه إجباره على ذلك ولو بالحبس عند الحاكم ونحوه، الأخذ من ماله مقاصة، لأنه إذا تعذر أحد الشقين بقي عليه أداء المال، وحيث إنه لا يؤدي كان عليه المقاصة، وهل المقاصة بحاجة إلى إذن الحاكم الشرعي أو لا، احتمالان، وقد ذكرنا ذلك في بعض المباحث المرتبطة بالمقاصة.

(فرع ١٧): لو قال: أنا كنت أحد الكفيلين، كفلنا المكفول عنه معاً بأن نأتي به لا على سبيل استقلال كل واحد، بل على سبيل الانضمام، حيث يصح مثل ذلك، فالأصل معه، ولا حق للمكفول له عليه إلاّ بالبينة أو نكوله عن الحلف بموازين الدعوى، والظاهر أن عليه إذا لم يأتيا به نصف الدين ونحوه، وكذلك إذا قال: أنا كنت أحد الثلاثة أو أحد الأربعة، فعليه الثلث أو الربع.

(فرع ١٨): لو كفله مرتين الظاهر الصحة، فيكون ككفيلين مستقلين لمكفول عنه واحد، فإذا جاء به مرة وهرب مثلاً وجب عليه أن يأتي به مرة ثانية، وذلك لإطلاق أدلة الكفالة والعرفية سواء عقد العقدين بلفظ واحد، كما إذا قال: كفلته مرتين، أو بلفظين، كما إذا قال: كفلته، ثم قال بعد ذلك: وكفلته أيضاً كفالة ثانية.

(فرع ١٩): الظاهر صحة الكفالة في أوقات خاصة، كما إذا كفله في أيام الجمعة مثلاً، فعليه أن يأتي به في يوم الجمعة لا يوم السبت ونحوه.

(فرع ٢٠): الظاهر أنه تصح الكفالة متصلة بوقت الكفالة ومنفصلة، كما إذا كفله بعد شهر فإنه لا حق على المكفول له عليه في هذا الشهر، وإنما حقه يبتدئ بعد شهر، فهو مثل مسألة الإجارة لا مثل مسألة النكاح حيث لا يصح الفصل.

(فرع ٢١): الظاهر صحة الكفالة مطلقة إلى عشر سنوات في كل معاملة أو في كل جناية أو فيهما معاً، وكذلك تصح الكفالة في بعض الأمور دون بعض، كأن يقول: أنا كفيله في جناياته الجسدية مثلاً لا في معاملاته، أو في معاملاته لا في جناياته، إلى غير ذلك من صور التقييد.

(فرع ٢٢): لو كفل ثم جن ثم طاب كانت الكفالة باقية، لأن الجنون في الوسط لا دليل على أنه مسقط للكفالة، فهو مثل سائر العقود الباقية بعد الجنون أيضاً، بل هي باقية حال الجنون، وإنما لا يصح أخذه بها، لأن المجنون لا حكم عليه، فليس معنى (رفع القلم عن المجنون حتى يستفيق) أن معاملاته من قبيل الكفالة والضمان والإجارة والرهن وغير ذلك تبطل في حال الجنون، وإنّما يتولى وليّه شؤونه في حال الجنون.

والظاهر أنه ليس على ولي المجنون في الفرض الذي ذكرناه شيء، لأن الولي ليس كفيلاً، وإنما الكفيل هو بنفسه، نعم لا يبعد وجوب تنفيذ أحد شقي الكفالة عليه، والله سبحانه العالم.

قم المقدسة

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

كتاب الصلح

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الصلح

ويدل على شرعيته الأدلة الأربعة:

أما من الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإن امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أو إِعْراضاً فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أن يُصْلِحا بَيْنَهُما صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[1].

وقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذاتَ بَيْنِكُمْ﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿إِنْ يُريدا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُما﴾[3].

وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾[4].

وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ فاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُما بِالْعَدْلِ﴾[5].

وقوله سبحانه ﴿أَوْ إِصْلاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾[6].

وفي الوسائل والمستدرك عنونه بباب استحبابه، ولو ببذل المال، وإن حلف على الترك، واختياره على العبادات المندوبة.

---

(١) النساء: آية ١٢٨.

(٢) الأنفال: آية ١.

(٣) النساء: آية ٣٥.

(٤) الحجرات: آية ١٠.

(٥) الحجرات: آية ٩.

(٦) النساء: آية ١١٤.

فعن هشام بن سالم، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) قال: «لئن أصلح بين اثنين أحب إليّ من أن أتصدق بدينارين»[1].

وعن حبيب الأحول قال: سمعت أبا عبد الله (عليه الصلاة والسلام) يقول: «صدقة يحبها الله: إصلاح بين الناس إذا تفاسدوا، وتقارب بينهم إذا تباعدوا»[2].

وعن المفضل، قال أبو عبد الله (عليه الصلاة والسلام): «إذا رأيت بين اثنين من شيعتنا منازعة فافتدها من مالي»[3].

وعن أبي حنيفة سايق الحاج، قال: مر بنا المفضل وأنا وختَني نتشاجر في ميراث، فوقف علينا ساعة، ثم قال: تعالوا إلى المترل، فأتيناه فأصلح بيننا بأربعمائة درهم، فدفعها إلينا من عنده حتى إذا استوثق كل واحد منا من صاحبه قال: أما إنها ليست من مالي، ولكن أبا عبد الله (عليه الصلاة والسلام) أمرني إذا تنازع رجلان من أصحابنا في شيء أن أصلح بينهما وافتدي بها من ماله، فهذا من مال أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام)[4].

وعن إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) في قول الله عز وجل: ﴿ولاتجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس﴾[5] قال: «إذا دعيت لصلح بين اثنين فلا تقل علي يمين أن لا أفعل»[6].

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦٢ الباب ١ من أبواب الصلح ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٦٢ الباب ٢ من أبواب الصلح ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٦٢ الباب ١ من أبواب الصلح ح٣.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص١٦٢ الباب ١ من أبواب الصلح.

(٥) سورة البقرة: الآية ٢٢٤.

(٦) الوسائل: ج١٣ ص١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح٥.

وعن أبي حمزة الثمالي، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام)، قال: «كان أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) يقول: لئن أصلح بين اثنين أحب إليّ من أن أتصدق بدينارين».

قال: وقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «لإصلاح ذات البين أفضل من عامة الصلاة والصيام»[1].

وعن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) في حديث: «ومن مشى في صلح بين اثنين صلى عليه ملائكة الله حتى يرجع، وأعطي ثواب ليلة القدر، ومن مشى في قطيعة بين اثنين كان عليه من الوزر بقدر ما لمن أصلح بين اثنين من الأجر، مكتوب عليه لعنة الله حتى يدخل النار فيضاعف له العذاب»[2].

وعن الديلمي، قال: قال (عليه الصلاة والسلام): «ما عمل رجل عملاً بعد إقامة الفرائض خيراً من إصلاح بين الناس، يقول خيراً أو يتمنى خيراً»[3].

وفي نهج البلاغة: قال أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) في وصيته عند وفاته للحسن والحسين (عليهما السلام): «أوصيكما وجميع ولدي وأهلي ومن بلغه كتابي بتقوى الله ونظم أمركم وصلاح ذات بينكم، فإن جدكما رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: صلاح ذات البين أفضل من عامة الصلاة والصيام»[4].

وعن زين العابدين والباقر (عليهما الصلاة والسلام) أنهما ذكر أوصية علي (عليه السلام) إلى أن قالا: قال (عليه السلام): «وأوصيك يا حسن وجميع من حضرني وشيعتي بتقوى الله، ولا تموتن إلاّ وأنتم مسلمون، واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا،

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح٦.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح٧.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح٨.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح١.

فاني سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: صلاح ذات البين أفضل من عامة الصلاة والصيام»[1].

وعن حماد، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام)، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن لقمان وحكمته التي ذكرها الله عز وجل، قال: «أما والله ما أوتي لقمان الحكمة بحسب ولا مال ولا أهل ولا بسط في جسم ولا جمال، ولكنه كان رجلاً قوياً» إلى أن قال: «ولا يمر برجلين يختصمان أو يقتتلان إلاّ أصلح بينهما، و لم يمض عنهما حتى تحاجزا»[2].

وعن سليم بن قيس الهلالي، قال: شهدت وصية أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) حين أوصى إلى ابنه الحسن (عليه السلام) وساق الوصية، وفيها: «فإني سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: إصلاح ذات البين أفضل من عامة الصلاة والصيام، وأن البغضة حالقة للدين وفساد ذات البين ولا قوة إلاّ بالله»[3]، إلى آخر الوصية.

وفي النبوي المروي من طرق العامة والخاصة، قال (صلى الله عليه وآله): «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[4].

وفي خبر حفص بن البختري، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «الصلح جائز بين المسلمين»[5].

وفي خبر آخر، عنه (عليه الصلاة والسلام) أيضاً: في الرجل يكون عليه

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح٣.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح٣.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح٤.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٤٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح٢.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح ح١.

الشيء فيصالح، فقال: «إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس»[1].

وفي رواية ثالثة، عنه (عليه الصلاة والسلام) أيضاً: سألناه عن الرجل يكون عنده مال لأيتام فلا يعطيهم حتى يهلكوا فيأتيه وارثهم ووكيلهم فيصالحه على أن يأخذ بعضاً ويدع بعضاً ويبرؤه مما كان عليه أيبرأ منه، قال (عليه السلام): «نعم»[2].

ولا يخفى أن بعض الآيات والروايات المذكورة لا دلالة فيها على الموضوع الذي نحن بصدده.

وأما الإجماع: ففي مفتاح الكرامة: أجمعت الأمة على جواز الصلح في الجملة، ولم يقع بين العلماء خلاف فيه، كما في التذكرة والمهذب البارع، وعليه إجماع المسلمين كما في المبسوط والسرائر، وإجماع العلماء كافة كما في التحرير، قد نقل عليه إجماعنا في عدة مواضع، ونفى عنه الخلاف بيننا.

وأما العقل: فهو واضح، فإن العقلاء لا يزالون من قبل الإسلام إلى اليوم يتصالحون بينهم في المنازعات وغيرها، سواء كان الحق ثابتاً أو كان الحق محتملاً، وسواء في المعاملات أو في مثل النكاح وغيره بالصلح بالزواج أو الطلاق، وحيث إنه في سلسلة العلل، وبضميمة (كل ما دل عليه العقل دل عليه الشرع) يدل على أنه مشروع أيضاً.

وقد يضاف على ذلك الضرورة والسيرة ونحوهما.

ثم إن الشرائع تبعاً لغيره وتبعه غيره قال: وهو عقد شرّع لقطع التجاذب.

وفي الجواهر: والتنازع بين المتخاصمين، إلاّ أن ذلك فيه من الحكم التي اطرادها مثل المشقة في حكمة القصر، ونقصان القيمة في الرد بالعين، واستبراء

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح٣.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٦٧ الباب ٦ من أبواب الصلح ح١.

الرحم للعدة وغيرها من الحكم التي لا تقتضي تخصيصاً أو تقييداً لعموم الدليل أو إطلاقه المقتضي ثبوت الحكم في غير محلها، فضلاً عن خصوص الأدلة من السنة المستفيضة أو المتواترة والإجماع بقسميه كما هو واضح، انتهى.

والظاهر أنه محل نظر، إذ الصلح من مادة صلح، وصلح في قبال عدم الصلاح، والصلاح يطلق فيما إذا كان هنالك نزاع سابق أو نزاع لاحق، كما أنه يطلق فيما إذا كان ملاءمة للشيء، ولذا يقال: يصلح هذا الباب لهذه الدار، وليس ذلك خروجاً عن معناه اللغوي، فكونه عقداً شرّع لقطع التجاذب غير ظاهر، وإن ذكره غير واحد، وقد ذكرنا مكرراً أن المادة الواحدة في الصيغ المتعددة تدل على وحدة المعنى الجامع لكل تلك الصيغ.

نعم التجاذب سواء كان سابقاً على العقد أو لاحقاً على العقد أيضاً من مصاديق الصلح، لا أنه المصداق الوحيد حتى يقال بأن ذلك حكمة كما في الجواهر وغيره، ومنه قوله سبحانه: ﴿يَدْخُلُونَها وَمَنْ صَلَحَ مِنْ آبائِهِمْ﴾[1].

وما ورد من الحديث القدسي: «إن من عبادي المؤمنين من لا يصلحه إلاّ الفاقة، ولو أغنيته لأفسده ذلك، وإن من عبادي من لا يصلحه إلاّ الصحة، ولو أمرضته لأفسده ذلك»[2].

وفي رواية أخرى، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): قال الله تبارك وتعالى: «إن من عبادي المؤمنين لعباداً لا يصلح لهم أمر دينهم إلاّ بالفاقة

---

(١) الرعد: آية ٢٣.

(٢) التوحيد: ص٤٠٠ ح١.

والمسكنة والسقم في أبدانهم»[1].

ومنه يؤخذ قولهم: العبد الصالح.

إلى غير ذلك من الشواهد على أن الصلح ليس ملازماً في مفهومه للتجاذب سابقاً أو لاحقاً.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المسالك، حيث قال: (الأصل في الصلح أنه موضوع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين، قال الله تعالى: **﴿وَإِن امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أو إِعْراضاً فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أن يُصْلِحا بَيْنَهُما صُلْحاً﴾**[2].

وقال الله تعالى: ﴿وَإِن طائِفَتانِ مِنَ الْمُؤْمِنينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُما﴾[3].

لكنه عندنا قد صار عقداً مستقلاً بنفسه، لا يتوقف على سبق خصومة، بل لو وقع ابتداءً على عين بعوض معلوم كان كالبيع في إفادة نقل الملك، وعلى منفعة كان كالإجارة، إلى غير ذلك من أحكامه، لإطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومة، كقول النبي (صلى الله عليه وآله وسلم): «الصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»[4].

وقول الصادق (عليه السلام): «الصلح جائز بين الناس»[5].

والأصل في العقود الصحة، وللأمر بالوفاء بها[6]، وهذا من الجملة) انتهى.

---

(١) الكافي: ج٢ ص٦٠ باب الرضا بالقضاء ح٤.

(٢) النساء: آية ١٢٨.

(٣) الحجرات: آية ٩.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح ح٢.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح ح١.

(٦) المائدة: آية ١.

فان الاستشهاد بالآيتين المباركتين استدلال بالأخص على الأعم، فإن الصلح بين النفرين بعد التنازع كاحتمال التنازع في الصلح السابق عليه ليس مقيداً لمفهوم الصلح حتى نحتاج إلى ادعاء الإجماع وغير ذلك لجوازه في غير موارد التنازع سابقاً أو لاحقاً.

وبذلك علم أيضاً وجه النظر في قول مفتاح الكرامة حيث قال: إن الأدلة الدالة على ثبوت الصلح على نحوين، أحدهما ما دل على أنه موضوع لقطع التنازع من دون أن يدل على انحصاره فيه، كقوله جل شأنه: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ﴾[1] الآية، والثاني ما دل بإطلاقه على جوازه مطلقاً كالإجماعات والنبوي وحسنة البختري أو صحيحته، انتهى.

إذ فيه إن الأول من القسم الثاني، لا أنه قسم برأسه حتى يقابل به، وهما من قبيل الكلي وفرده، لا من قبيل المتقابلين.

وبذلك ظهر أيضاً وجه الإشكال فيما عن فخر الإسلام والفاضل المقداد وغيرهما من أن الفقهاء أشاروا بهذا التعريف على أن الغرض الأقصى منه غالباً رفع الخصومة، سواء تقدمت أم لا، حيث يقدر أنه لولاه لحصلت، كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين، فإن النزاع يحصل غالباً لولا عقد الصلح.

ثم إن الشرائع قال: وليس فرعاً على غيره، وإن أفاد فائدته.

وفي القواعد: وهو أصل في نفسه ليس فرعاً على غيره وإن أفاد فائدته.

وفي مفتاح الكرامة: قال في التذكرة: الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعاً على غيره، بل أصل في نفسه منفرد في حكمه، ولا يتبع غيره.

وجعله في السرائر

(١) النساء: آية ١٢٨.

مذهب أهل البيت (عليهم السلام)، وظاهره الإجماع، كما أن الإجماع ظاهر شرح الإرشاد لفخر الإسلام والمفاتيح، وفي مجمع البرهان كأن ما نسب إلى المبسوط نقله عن العامة لا مذهبا له، وإلا لما ادعى في التذكرة الإجماع من دون نقل خلاف.

وممن صرح فيه بأصالته وعدم فرعيته أصحاب الشرائع والتحرير والمختلف واللمعة والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد وإيضاح النافع والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو ظاهر الباقين، انتهى.

أقول: ولعلهم إنما ادعوا الإجماع مع احتمال ذهاب المبسوط إلى كونه فرعاً لقوله المحكي بعد أن نقل إجماع المسلمين على جوازه ما نصه: فالصلح ليس بأصل في نفسه، وإنما هو فرع لغيره، لقول المبسوط في مقام آخر (حيث ذكر مقالة الشافعي): ويقوى في نفسي أن يكون هذا الصلح أصلاً قائماً في نفسه ولا يكون فرع البيع، ولا يحتاج إلى شرائط البيع واعتبار اختيار المجلس على ما بيناه فيما مضى، انتهى.

فإن الجمع بين العبارتين المتقدمتين يعطي أن كونه فرعاً إنما هو نقل كلام، أو أنه أراد أن الصلح يعطي فوائد تلك الأصول والتي ذكرها نفس المبسوط بقوله: أحيانا يكون فرع البيع أو فرع الإبراء أو فرع الإجارة أو فرع العارية أو فرع الهبة، لا أنه أراد الفرعية بأن يكون الصلح الذي يفيد فائدة البيع بيعاً، والصلح الذي يفيد فائدة الإبراء إبراءً، والصلح الذي يفيد فائدة الإجارة إجارةً، وهكذا في العارية والهبة وغيرها.

ولذا قال في مفتاح الكرامة: ولا يعجبني ما في المختلف والروضة من أن كونه أصلاً هو الأشهر، ويؤيد أن الشيخ في المبسوط يراه أصلاً لا فرعاً أنه في مورد نقل عن أبي حنيفة كونه فرعاً قال: إنا بينا أن الصلح ليس ببيع وأنه عقد قائم بنفسه.

وفي الجواهر بعد الاستدلال على أصالة الصلح لا فرعيته بالإجماع قال: مضافاً إلى ظهور الأدلة السابقة أو صريحها في عدم فرعيته، بل بعض موارده المصرحة بها في بعض النصوص لا يصلح لأن يكون فرعاً لغيره، على أن إفادة عقد مفاد آخر لا يقتضي الاتحاد معه على وجه تلحقه أحكامه، وإلا لاقتضى اتحاد الهبة مثلاً بعوض معلوم مع البيع وهو واضح البطلان، فإن الأحكام الشرعية تتبع عناوينها، فكل حكم ثبت لموضوع خاص منها لا يثبت لغيره من تلك الحيثية، انتهى.

وعلى أي حال، فمقتضى القاعدة أن كل مورد فيه صلح عرفي ولم يمنع عنه الشارع يصح عقد الصلح فيه، للأدلة الشاملة لكل موضوع عرفي، فإن المواضيع مأخوذة من العرف، ولذا إذا لم يصح عقد لخصوصية لا يلزم أن لا يصح الصلح، مثلاً في البيع الأمر يحتاج إلى العلم، وليس كذلك في الصلح.

وقد ذكرنا في بعض مباحث الفقه دفع الإشكال في أنه إذا صح أمر بعقد دون عقد يلزم لغوية فائدة اشتراط الشرط في العقد الذي لا يصح، وقلنا: إنه عقلائي وفيه فوائد، وإلا لزم أن يقال: إنه إن صح اللمس بالنكاح لزم صحته بالرضا بدونه، وإلاّ فأي تأثير للفظ، إلى غيره من النقض والحل، فلا حاجة إلى تكراره.

ثم الصلح عقد وليس بإيقاع، لأنه يلزم أن يكون بين الطرفين فليس مثل العتق، وحتى الصلح في الإبراء يجب أن يكون بموافقة الطرفين وإلا لم يكن صلحاً، لعدم تحقق مفهوم الصلح بدون الطرفين، لكن هنا يمكن أن يقال: لا حاجة إلى كون العقد من طرف إيجاباً ومن الطرف الآخر قبولاً، بل يصح إن

يكون من كلا الطرفين على نسق واحد كالتقاتل والتصافح.

نعم المشهور بينهم هو الاحتياج إلى الإيجاب والقبول، وقد ذكرنا في كتاب النكاح بحثاً مماثلاً لذلك.

ولا يحتاج إلى اللفظ والعربية وغير ذلك، بل يصح بالمعاطاة، لما ذكروه في بحث المعاطاة من صحتها في كل العقود إلاّ ما استثني كالنكاح مثلاً.

كما لا يصح الصلح في مثل النكاح والطلاق مما يحتاج إلى كيفية خاصة بمقتضى الأدلة.

(مسألة ١): قال في الشرائع: ويصح مع الإقرار والإنكار.

وفي الجواهر: الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى العمومات.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ويصح مع الإقرار والإنكار): إجماعاً، كما في المسالك وظاهر جامع المقاصد والروضة والكفاية، سواء كان المدعى به ديناً أو عيناً عند علمائنا أجمع كما في التذكرة، وهو من خواصنا ومتفردات الإمامية لأن الحنفي لا يجوزه إلا مع الإنكار، والشافعي لا يجوزه إلاّ مع الإقرار كما في كشف الرموز وإيضاح النافع والتنقيح، والإجماع على جوازه مع الإنكار صريح الغنية وظاهر الخلاف، انتهى.

ثم الظاهر أن حكم الصلح مع المبطل إنما يكون صحيحاً بحسب ظاهر الشرع، أما بحسب الواقع فالمبطل العامد آكل للمال بالباطل، ويدل على ذلك بالإضافة إلى القاعدة بعض الروايات.

مثل ما رواه عمر بن يزيد، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) قال: «إذا كان لرجل على رجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي أخذ الورثة لهم وما بقي فللميت حتى يستوفي منه في الآخرة، وإن هو لم يصالحهم على شيء حتى مات و لم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به»[1].

وما رواه علي بن أبي حمزة، قال: قلت لأبي الحسن (عليه الصلاة والسلام): رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف درهم مات فهل لي أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كيف وكم كان، قال: «لا يجوز حتى تخبرهم»[2].

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦٦ الباب ١ من أبواب الصلح ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٦٦ الباب ١ من أبواب الصلح ح٣.

نعم الظاهر صحة الصلح واقعاً وظاهراً إذا كان بملأ الرضا، بمعنى أن يكون الشخص المستحق للأكثر مبرءاً لذمة الآكل واقعاً وبرضا قلبه، فإن ذلك جائز بدون الصلح، فيكف معه.

ويؤيده ما رواه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، والحلبي عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام)، أنهما قالا في الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقدني من الذي لي كذا وكذا، وأضع لك بقيته، أو يقول: أنقدني بعضاً وأمد لك في الأجل فيما بقي عليك قال: «لا أرى به بأساً ما لم يزدد على رأس ماله شيئاً، يقول الله: ﴿لَكُمْ رؤوسُ أَمْوالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ﴾[1]».

وعن أبان، عمن حدثه، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الأجل: عجل لي النصف من حقي على أن أضع عنك النصف، أيحل ذلك لواحد منهما، قال (عليه الصلاة والسلام): «نعم»[2].

وفي رواية الدعائم، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام) إنه سأل عن الرجل يكون له على الرجل الدين إلى أجل فيأتي غريمه فيقول: عجل لي كذا وكذا وأضع عنك بقيته أو أمدّ لك في الأجل، قال: «لا بأس به إن هو لم يزد على رأس ماله»[3].

وعن ابن أبي جمهور، عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال لكعب

---

(١) البقرة: الآية ٢٧٩. والوسائل: ج١٣ ص١٦٨ الباب ٧ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٦٨ الباب ٧ من أبواب الصلح ح٢.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٤٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح٢.

بن مالك وقد تقاضى غريماً له: «اترك الشطر واتبعه ببقيته فخذه»(١).

ولذا يلزم أن يحمل قول من يقول بالبطلان على ما إذا لم يحصل الرضا النفسي، ومن هذه الجهة قيده الجواهر بذلك، قال: المراد من الصحة مع الإنكار الظاهرية بمعنى أنه يجري عليه حكم الصحة ظاهراً لا في نفس الأمر، فإن ادعى ديناً أو عيناً أو منفعةً مثلاً وأنكره المدعى عليه إن كان محقاً لم يصح للمنكر ما بقي له من مال المدعي، سواء كان من الجنس أم لا، وسواء عرف المالك قدر الحق أم لا، وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقه أم لا، لأنه ربما كان توصل إلى أخذ بعض حقه، بل لو فرض أنه صالحه عن العين مثلاً بمال فهي بأجمعها حرام، ولا يستثنى له مقدار ما دفع إليه من العوض لفساد المعاوضة في نفس الأمر، إلاّ أن يفرض رضا المدعي باطناً بالصلح عن جميع ماله في الواقع بذلك، انتهى.

فإن ما ذكره من الرضا لا فرق فيه بين كون الشيء عيناً أو ديناً أو حقاً أو منفعةً، بل لعل ما ذكره الجواهر من التفصيل هو ظاهر كلام غيره أيضاً ولو بالانسباق، مثلاً في مفتاح الكرامة قال: لو كان قد صالح منكر الحق على العين بمال آخر فهي بأجمعها مغصوبة، ولا يستثنى له مقدار ما دفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الأمر.

وكذا لو انعكس وكان المدعي مبطلاً في نفس الأمر لم يستبح ما صولح به من عين أو دين، لأن هذا كله أكل مال بالباطل، وإنما صالح المحق المبطل دفعاً لدعواه الكاذبة، وقد يكون استدفع بالصلح ضرراً عن نفسه أو ماله، وقد عدّ ذلك من صور الإكراه على الصلح كما يأتي، ومثل هذا لا يعد تراضياً يبيح أكل مال الغير، كما نبه على ذلك في المسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض، إلى آخر كلامه.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح٢.

فان قوله: (مثل هذا لا يعد تراضياً) مفهومه أنه إذا كان تراضياً واقعياً صح الأكل و لم يكن من الأكل بالباطل، وأما أنه كيف يرضى الذي له الحق من الجانب الآخر الذي يريد أكل ماله، فإن الدواعي مختلفة، ويمكن أن يكون داعي صاحب الحق بحيث يوجب رضاه قلباً بأكله لماله.

ومما تقدم من بطلان الصلح في صورة علم المبطل بأنه مبطل يعلم صحته إذا كان جاهلاً، وإن كان الواقع لا يخلو عن كون أحدهما مبطلاً، ولذا قال في المسالك: لو كانت الدعوى مستندة إلى قرينة تجوزها كما لو وجد المدعي بخط مورثه أن له حقاً على أحد أو يشهد له من لا يثبت بشهادته الحق و لم يكن المدعي عالماً بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على إسقاطها بمال أو على قطع المنازعة، فالمتجه صحة الصلح في نفس الأمر، لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها، ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن ردها.

وفي جامع المقاصد اختار ذلك حيث قال: ليس بعيداً من الصواب صحته ظاهراً، وما في نفس الأمر تابع لصحة الدعوى وعدمها، ويحتمل الصحة مطلقاً، لأن اليمين حق فيصح الصلح لإسقاطها.

بل وأيدهما الجواهر أخيراً وإن ناقش أولاً حيث قال: قد يناقش في الصحة ظاهراً في الأول بأنها غير متصورة بعد القطع بكون أحدهما مبطلاً، سواء كان المدعي أو المنكر، والفرض كفايته في الفساد في نفس الأمر، فكيف يجامع الحكم بالصحة في ظاهر الشرع، اللهم إلاّ أن يدعى أن مبنى شرعية الصلح على ذلك فيحكم حينئذ بالصحة عليه ظاهراً ما دام الواقع مشتبهاً و لم يعلم المبطل منهما بعينه، فيجب على المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض، كما أنه لا يجوز للمصالح بالكسر الدعوى

بما وقع الصلح عنه، وإن كان هذا الصلح لا يبيح للمبطل منهما الشيء في نفس الأمر، ولذا لو انكشف الحال بعد الصلح بإقرار عمل عليه، حكم بفساد الصلح في الظاهر أيضاً، انتهى.

ومنه يعلم أن تأمله بل ميله إلى الإشكال غير ظاهر الوجه، ولذا يصح لثالث المعاملة معهما مع علمه بأن أحدهما مبطل، وكذلك الحاكم الشرعي الذي يعلم بأن أحدهما مبطل كيف يصالح بينهما بذلك، أليس ذلك من الحكم بالباطل إن لم نقل بصحة الصلح، بل يمكن أن يقال إنه لو كشف بعد ذلك كونه مبطلاً لا يجب عليه إرجاع الحق إلى صاحبه، وكذلك لا يجوز للمصالح بالكسر الذي يعلم مبطلية الطرف أن يتقاص من ماله، وهكذا إذا علم الورثة ببطلان مورثهم لا يجب عليهم الدفع، فإن المصالح إذا لم يكن يعلم بكونه مبطلاً وصالح كان له ذلك، وانكشاف أنه لم يكن له المال لا يوجب الكشف عن أنه لم يكن له حق الدعوى أو حق الحلف، فإن الجهل أوجب له الحق، وإذا كان له الحق فقد صالحه.

ثم إن الصلح إذا كان على عدم المنازعة، أو على عدم الحلف، فالمال في الواقع لمن ترك المنازعة والحلف، فإذا تبين لثالث أو ورثته أو ما أشبه ذلك فلا يلزم أن يرد المال لمالكه، لأنه رفع يده عن حقه في قبال ما أخذ فله المال، أما إذا كان الصلح على المال والحق كليهما فتبين عدم حقه لزم عليه رد المال على مالكه كلاً أو بعضاً، لأن الصلح لم يكن في قباله شيء في الأول، وفي قبال بعضه شيء في الثاني.

ومما ذكرناه يظهر وجه النظر في قول الجواهر أخيراً: اللهم إلاّ أن يدعى ظهور الأمر بعد ذلك لا ينافي ثبوت الحق وقت الصلح الذي وقع على إسقاطه

وهو كاف في الصحة في نفس الأمر وإن انكشف الحال بعد ذلك، ولكنه كما ترى على أنه لا يتم فيما لو فرض انكشاف الحال بصحة دعوى المدعي، فإن المال حينئذ في يد المنكر باق على ملك المدعي الذي قد صولح على إسقاط ماله من حق اليمين و لم يحصل منه ما يقتضي انتقال المال إلى المنكر، لأن الفرض عدم حصول الرضا منه بالمعاوضة عليه، انتهى.

ومما تقدم يعرف فروع التحالف وإقامة البينة أو البينتين من الجانبين، وكذلك الإقرار من جانب أو من الجانبين، فإن في كل هذه الموارد إذا صار الصلح فالصلح له أقسام:

قسم أحدهما يعلم ببطلانه، وقسم لا يعلم أحدهما بالبطلان ويكون الصلح لا على المال، وقسم يكون الصلح على المال، وقسم يكون الصلح على المال والحق.

وهكذا يكون الحال في حكم الحاكم الذي استند إلى علمه أو إلى القرائن، فإن كل هذه الأمور لا يوجب تغيير الواقع، وإنما يغير الواقع بسبب الصلح على ما عرفت.

ومن قبيل الحلف القسمة في باب الديات.

أما إذا كان أحد الطرفين شاكاً وكانت له البينة فله الحق في الادعاء، لأن البينة مستند يصح الاستناد إليه من المتيقن ومن الشاك، أما الحلف فلا يحق له أن يحلف على القطع وهو شاك.

ولو أقر عن اعتقاد بأن المال لزيد، لكن زيد المقر له شاك في أن المال له، فهو يصح أن يصالح على المال، وإذا ثبت بعد ذلك أن المال له أو ليس له كان على ما ذكرناه من التفصيل، إذ قد تقدم أن تبين الخلاف غير ضار أحياناً، وضار أحياناً مطلقاً، أو في الجملة.

ولو علم أحدهما بأن الحق معه وأن الطرف الآخر مبطل وصالح بإكراه، أو صالح على المال، كان له حق المقاصة، للأصل بعد عدم ورود ما يرد عليه.

وإذا صالح الولي وبعد أن رشد المولى عليه بالبلوغ أو العقل أو ما أشبه، علم بأنه لم يصالح حسب الموازين، فله حق الفسخ أو الإجازة.

أما أنه إذا علم أنه صالح حسب الموازين، وإن كان في نظر المولى عليه أنه كان الأمر على خلاف الواقع، فلا حق له في الفسخ، لما ذكرناه في بعض مباحث الفقه بأن الولي كالوكيل ونحوهما، إنما عليه أن يعمل حسب الموازين العرفية لا حسب الموازين الواقعية.

ثم إن الشرائع استثنى من جواز الصلح ما ذكره بقوله: إلاّ ما أحل حراماً، أو حرم حلالا[1].

ولا يخفى أن هذا الاستثناء مورد النص والفتوى، وقد تقدم بعض النصوص في ذلك، وفي مفتاح الكرامة نقل على هذا إجماع المسلمين في المبسوط والسرائر، وإجماع العلماء كافة في التحرير، والإجماع في الغنية، وبه طفحت عباراتهم، وهذا الاستثناء معتبر في جواز جميع العقود، بل يعتبر في جميع الأمور الجائزة عدم اشتمالها على حرام، ولعلهم إنما يذكرونه في الصلح وخيار الاشتراط لوجوده في الأخبار فيهما، انتهى.

وقد مثلوا على ذلك بالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع، أو الصلح على خمر أو على خنزير أو ما أشبه ذلك، كما أنهم مثلوا لتحريم الحلال بالصلح بأن لا يطأ أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بماله، ومرادهم بأن لا يطأ حليلته التشريع لا الترك، وإلا فكل مباح يجوز أن يجعله الإنسان على نفسه واجباً أو حراماً، كان ينذر بترك شرب الماء أو فعل شربه، أو أن ينذر أن يطأ زوجته في هذه الليلة، أو أن يترك وطيها، سواء في المستحب أو المكروه

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦٤ الباب ٣ من أبواب أحكام الصلح ح٢.

أو المباح، وحيث إن تحقيق هذه المسألة في بحث المكاسب عند الشروط المحللة والمحرمة لا نسهب في الكلام حوله الآن.

ثم إنه من الصلح غير الجائز ما إذا اختلفا في امرأة، فكل واحد منهما يقول هذه زوجتي، معتقداً أنها زوجته، فيتصالحان على رفع أحدهما يده عنها، أو رفع كليهما اليد عنها، فإن هذا الصلح لا يصح، لأنه محلل للحرام، ومحرم للحلال، إلاّ أن يصالحا على أن يطلقه أحدهما وينكحه الآخر مثلاً أو يصالحا على أن يطلقها كل واحد منهما وبعد ذلك يأخذها أحدهما أو غيرهما، فإن هذا الصلح جائز.

أما إذا علم أحدهما أن الآخر مبطل قطعاً فصالح على طلاقها فقط، لا يجوز له ذلك، إذ إنه يعلم أنه إذا طلقها وانقضت عدتها أخذها الآخر بدون نكاح، وهو يعلم أن أخذها بدون نكاح حرام، فصلحه سبب للحرام.

وكما يجب أن لا يكون الصلح بنفسه حراماً، يلزم أن لا يكون مقدمة للحرام على القول بحرمة مقدمة الحرام، بل يمكن أن يقال هنا إنه حرام مطلقاً، سواء على ذلك القول أو عدمه، لأنه من التعاون على الإثم، فاللازم أن يكون الصلح على أن يطلقه هو وبعد ذلك ينكحه الآخر حتى لا يكون سبباً للتعاون على الإثم.

ومثل الاختلاف في الزوجة في عدم جواز الصلح على ما ذكرناه، ما كان الاختلاف على وقف، فكل واحد يقول هذا وقف عليّ وعلى أولادي مثلاً، معتقداً ذلك فإنه لا يصح الصلح بينهما، إذ كل واحد منهما يعلم أنه باطل، إلاّ إذا رأى أحدهما أن البقاء يوجب سفك الدماء وهدر الأموال حيث يجوز بيع الوقف، فإن الصلح حينئذ جائز ويأخذ بدله ليستعمله في وقف مشابه أيضاً، على التفصيل الذي ذكروه في باب الوقف، وذلك لأن مناط البيع موجود في الصلح أيضاً، فكما

يجوز بيع الوقف في موارده يجوز الصلح عليه.

وكذلك لا يصح الصلح فيما إذا تنازعا في الولد أنه لأيهما، وذلك لأن الصلح يوجب خروج الولد عن البنوة ودخوله فيها بالنسبة إلى من صالح على أن يخرجه ومن صالح على أن يدخله، كما لا يصح لهما الصلح على إخراجه من ولديتهما أو إدخاله في ولديتهما معاً، بأن يكون محرماً مع زوجة كل واحد، وابناً لكل واحد يرثه ويورثه، إلى غير ذلك من آثار البنوة.

وكذلك بالنسبة إلى النزاع في الأخ ونحوه من سائر الأرحام والأقرباء مما فيه المحذور المتقدم في الولد.

وكذلك فيما إذا اختلفت أختان أو أم وبنت في زوجية رجل، إلى غير ذلك من الأمثلة.

نعم في كل هذه الموارد يصح لمن يعلم أنه زوجته أو وقفه أو ولده أو ما أشبه أن يصالح بأن يعطي الطرف شيئاً لإنقاذ حقه، فهو صلح ظاهري وليس بواقعي، إلاّ أن يكون للطرف حق الحلف أو المنازعة أو ما أشبه، حيث يكون الصلح واقعياً على ما عرفت في البحث السابق.

ومما تقدم يعلم أن الصلح الباطل هو الصلح الذي غيّر حكماً من الأحكام، سواء كان تحليلاً للحرام أو تحريماً للحلال، أو جعل المكروه أو المستحب غير مكروه أو غير مستحب، أو المباح غير مباح، لوحدة الملاك في الجميع.

وإذا شرط في الصلح مثل ذلك فالشرط فاسد ولا يسري إلى الصلح، لما حقق في محله من أن الشرط الفاسد ليس مفسداً، نعم إذا كان على نحو المصب أو على نحو القيد فسد الصلح أيضاً، لأن المقيد عدم عند عدم قيده، وكذلك فيما إذا كان مصب الصلح على نحو ذلك.

وكذلك لا يصح الصلح الذي يريد جعل السبب المخترع لحكم ما، بينما الشارع لم يجعل ذلك السبب سبباً لذلك الحكم، كما إذا تصالحا على أن تكون بنته زوجة لزيد، سواء كانت هي طرف الصلح أم لا، بدون عقد النكاح، أو أن زوجته طالق بسبب الصلح، أو أن غير الوارث يرث، أو أن الوارث لا يرث، إلى غير ذلك من الأمثلة.

فإن الشارع جعل لهذه الأمور أسباباً خاصة، لا وصول إليها إلاّ بها، فالصلح الذي يريد أن يخترع بدلاً عن الأسباب الشرعية غير صحيح، لأنه رجع إلى تحليل الحرام وتحريم الحلال حتى على القول بوجود الأحكام الوضعية.

(مسألة ٢): قال في الشرائع: وكذا يصح (أي الصلح) مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه، ومع جهالتهما به.

وفي الجواهر: بلا خلاف فيه في الجملة، بل في المسالك وغيرها الإجماع عليه.

وذلك لأن مع علمهما، كل واحد منهما يعلم قدر الحق ويتجاوز الذي له الأكثر عن حقه، كما أن مع جهلهما كل واحد يصالح عن الواقع الذي للطرف عليه، فهو مقتضى تسلط الناس على أنفسهم وسائر الأدلة العامة.

بل والنصوص، كالصحيح عن الباقر والصادق (عليهما السلام)، أنهما قالا في رجلين لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال (عليه السلام): «لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت به أنفسهما»[1].

ومثله موثق الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام)، في الرجل يكون عليه الشيء فيتصالح، فقال: «إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس»[2].

ولا يخفى أن الظاهر من الخبرين الصلح لا الإبراء، ولذا قال في الجواهر: والمناقشة باحتمال كون مضمونهما الإبراء لا الصلح يدفعها فهم الأصحاب ذلك منهما، وظهور إرادة المعاوضة فيهما، وليست حينئذ إلاّ الصلح، فلا إشكال حينئذ في الدلالة على المطلوب، على أن الحاجة ماسة إلى تحصيل البراءة مع الجهل، ولا وجه إلاّ الصلح، انتهى.

ومنه يعلم صورة ما إذا علما كلاهما بقدر المال تقريباً لا تحقيقاً، كما إذا

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦٥ الباب ٥ من أبواب الصلح ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح٣.

علما أن زيداً يطلب من عمرو فوق عشرة، وأن عمرواً يطلب من زيد دون عشرة، فيتصالحان على العشرة مثلاً أو الأكثر أو الأقل، فإن ذلك داخل أيضاً في علمهما علماً إجمالياً، وإن كان ظاهر المسألتين السابقتين العلم التفصيلي والجهل التفصيلي، فإطلاق الأدلة والعرفية وغيرهما شامل لهذه الصورة الثالثة أيضاً.

نعم قد تقدم في خبر علي بن أبي حمزة في مسألة اليهودي ما دل على أنه لا يصح الصلح مع علم أحدهما وجهل الآخر[1]، بل لابد من الإعلام بالقدر إن كان الجاهل المستحق، إلاّ إذا فرض رضاه الباطني على كل حال، فإنه يصح لقاعدة تسلط الناس على أموالهم[2].

وللصحيح، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام)، في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح، فقال: «إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس»[3].

ثم الظاهر أن قول المحقق: (مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه) من باب المثال، فلا حاجة إلى المنازعة، إذ إطلاق أدلة الصلح شامل لعدم المنازعة، كما إذا علم زيد أنه يطلب عمرو شاةً وعلم عمرو أنه يطلب زيداً بقرة، فيتصالحان على أن يعطي هذا لهذا شيئاً، أو أن يكون كل واحد بريئاً عن شيء في ذمته للآخر، سواء عرفا القيمتين أو جهلا القيمتين، أو علما قيمة أحدهما دون الآخر، على التفصيل الذي ذكرناه،

ولذا قال الجواهر: إن الحكم المزبور يأتي في مطلق التصالح وإن لم تكن منازعة مع علمهما وجهلهما، كوارث تعذر علمه بمقدار حصته، وشريك امتزج ماله بمال الآخر بحيث لا تمييز ولا يعلمان قدر ما لكل منهما، ونحو ذلك.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح٢.

(٢) البحار: ج٢ ص٢٧٢ ح٧.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح٣.

بل في المسالك: ولو كان جهلهما بالقدر لتعذر المكيال والميزان ومست الحاجة إلى نقل الملك، فالأقرب الجواز، وهو خيرة الدروس، انتهى.

والظاهر صحة الصلح، وإن لم يعرفا القدر والجنس، بل كان كل واحد منهما مجهولاً عند الآخر جهلاً مطلقاً، كما إذا كان في كف هذا شيء وفي كف الآخر شيء فتصالحا لأن يكون ما في كف كل واحد منهما للآخر، لكن يجب أن لا يكون هناك غرر، لأن الغرر يدخل في الصلح أيضاً، وإن كان فرق بين الغرر في الصلح والغرر في البيع ونحوه، حيث يفرق العرف بينهما، فإن الصلح مبني على المسامحة، بخلاف البيع ونحوه.

ولذا قال في الجواهر: بل في التذكرة لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدراً ولا جنساً، بل يصح الصلح، سواء علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلاه، انتهى.

فإذا كان في يد أحدهما دينار وفي يد الآخر درهم، وكل واحد منهما يحتمل أمثال هذه المقادير وتصالحا على ذلك صح الصلح، أما إذا كان في يد أحدهما جوهرة تسوى مائة، وفي يد الآخر دينار وتصالحا ولا يزعم أحدهما هذا التفاوت بين الأمرين، أو يعلم من في يده الجوهر دون من في يده الدينار أو بالعكس بما يعد في العرف غرراً، فإنه لا يصح ذلك، لإطلاق نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر[1].

ثم إنه لا فرق بين أن يكون ما تنازعا عليه مقدمة على الصلح أو الصلح بدون التنازع ديناً أو عيناً أو حقاً أو منفعةً، لإطلاق الأدلة في الجميع، فيصح الصور الأربع في المسألة:

الأولى: أن يعلما ما وقعت فيه المنازعة.

(1) الوسائل: ج١٢ ص٣٢٠ الباب ٤ من أبواب التجارة ح٣.

الثانية: أن يجهلاه ويكون مما يتعذر معرفتهما له مطلقاً.

الثالثة: أن يجهلاه ويمكن معرفته في الحال.

الرابعة: أن يجهلاه ولا يمكن معرفته في الحال، كعدم المكيال أو الميزان، أو كون النصيب من الميراث يتعذر العلم به في الحال، مع إمكان الرجوع بعد ذلك إلى عالم ليعرفهم بالقدر، إلى غير ذلك.

ومن غير فرق بين أن يكون الصلح بين اثنين أو ثلاثة أو خمسة أو غير ذلك، متساوي الحقوق أو غير متساوي الحقوق، كولدين ورثا من أبيهما داراً ودكاناً لا يعلمان قيمة كل واحد، فيتصالحان بأن تكون الدار لأحدهما والدكان للآخر، أو يكون هناك ولد أو بنت وزوجة، وقد ورثوا من والدهم داراً ودكاناً وبستاناً ولا يعلمون قدر كل واحد، فيتصالحون بأن يكون الدار للزوجة والدكان للولد والبستان للبنت، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وقد عرفت أن ذكرهم للتراع من باب المثال، ولذا قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: من غير سبق خصومة ومع سبقها، سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلاه، ديناً كان أو عيناً، انتهى.

والتقييد بكون المصالح عليه متنازعاً فيه كما وقع في كثير من العبارات كالشرايع وغيرها غير لازم، بل مبني على الغالب، إذ الحكم آت في مطلق المصالحة عليه وإن لم يكن بمنازعة، مع علمهما بما يتصالحان عليه وجهلهما به، كوارث تعذر علمه بمقدار حصته وشريك امتزج ماله بمال آخر بحيث لا يتميزان ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك كما تقدم.

ومن ذلك يعرف صحة الصلح بين الورثه إذا كان بعضهم لا يرث وبعضهم يرث، ولا يعلمون أيهم يرث وأيهم لا يرث، سواء تمكنوا من التمييز بعد ذلك

أو لم يتمكنوا، أو تمكنوا من التمييز في الحال أو لم يتمكنوا، فإن كل ذلك إذا كان عن الرضا يصح الصلح، مثلاً كان في الورثة ولد زنا، لكنهم لا يعرفون من هو حتى لا يرث، لأن الأب اعترف بأن أحدهم حصل من الزنا مثلاً، فيما كان اعترافه حجة، فيتصالحون على أن يكون الإرث بينهم بالتساوي مثلاً، أو أن يكون للولد ضعف البنت فيما إذا كان ولد وبنت، أو أن الرجل طلق زوجة من زوجاته ومات بعد العدة أو بدون عدة، ولا يعرف أن أيها غير المطلقة، فيتصالحون بأن يكون الثمن أو الربع مثلاً بينهن بالتساوي أو بالاختلاف، فيما إذا كان المظنون أنه طلق هنداً لا زينب، والموهوم أنه طلق زينب لا هنداً، فتتصالحان على أن يكون ثلاثة أرباع إرثهما للمظنون بقاؤها، والربع للموهوم بقاؤها، أو ما أشبه ذلك.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في إشكال جماعة في صورة أن يجهلاه ويمكن معرفته في الحال.

ففي مفتاح الكرامة: قد منع من صحة الصلح في هذه الصورة في التحرير والتذكرة والدروس والمهذب البارع والتنقيح وظاهر الكتاب في ما يأتي، وجامع المقاصد والمسالك، وقد تؤذن عبارة التذكرة بالإجماع عليه، ولعله لمكان الجهل والغرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة أو النقيصة مع إمكان التحرز عنهما فيكونون قد رجحوا عموم أدلة النهي عن الغرر على عموم أدلة الصلح، لاعتبار تلك بالاعتبار وظهور كونها قاعدة كلية لكثرة دورانها في كلامهم وتقديمه عندهم في أكثر أبواب المعاملات على أدلة الصحة، فيكون عموم أدلة الصلح مخصوصاً بما لا ضرر فيه ولا جهالة، وقد يكونون يقولون: إنهما تعارضا فتساقطا فرجعنا إلى حكم الأصل الأصيل وهو عدم الصحة، وقد ترجح عموم أدلة الصلح لكثرتها وظهورها فيما يشمل هذه الصورة، وبأن الصلح

أوسع من البيع ونحوه، لأنه قد شرع على المسامحة والمساهلة، ولهذا يجوز تعذر العلم وذلك لا يجوز في البيع، إلاّ أن تقول: إن ذلك أيضاً جائز في البيع كبيع أس الحائط وأخشاب السقف وطي البئر، ولك أن تقول: إن الصلح يجوز بلا عوض كما يأتي، ومع جهالته أولى، فتأمل بإطلاقات كثير من العبارات، لكن الأول أشبه بأصول المذهب، انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعدة التفصيل بين الغرر الذي لا يدخل في الصلح عرفاً فإنه لا يصح، وبين الغرر الذي يدخل في الصلح عرفاً فإنه يصح، وفرق عند العرف بين الغرر الذي يدخل في البيع والصلح، و لم يعلم أن الشارع غير ذلك، فليس الكلام هنا من التساقط أو من تقديم أدلة الصلح على أدلة الغرر أو من تقديم أدلة الغرر على أدلة الصلح بعد التكافؤ، وإنما هو من أن «نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر»[1]، معناه أن كل شيء بحسبه، لأن الغرر موضوع عرفي و لم يتصرف فيه الشارع، فكما أن الغرر في الأرز يختلف عن الغرر في الذهب وعن الغرر في مثل ألماس ونحو ذلك، كذلك يختلف الغرر في الصلح المبني على المسامحة وإنهاء التراع ونحو ذلك، عنه في مثل البيع والإجارة ونحوهما مما يبنى على الدقة العرفية، ولذلك فالصلح مقدم حيث لا غرر عرفي، والغرر مقدم حيث غرر عرفي.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام الجواهر حيث نقل مقتطفاً من عبارة مفتاح الكرامة ثم قال: وفيه: أولاً: منع العموم في المعتبر من أدلة النهي عن الغرر، فضلاً عن ترجيحه أو معارضته لعموم الصلح والرجوع إلى أصالة الفساد

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب التجارة ح٣.

إذ لم يشتمل المعتبر منها إلاّ على النهي عن الغرر في البيع الملحق به الإجارة بالإجماع على أن إطلاق النصوص السابقة المؤيد لمعقد إجماع التذكرة المعتضد بإطلاق المتن وغيره من عبارات الأصحاب، كما اعترف هو بذلك كله، كاف في تخصيص أدلة الغرر، بل قوله في الصحيحين: «إذا تراضيا بذلك وطابت أنفسهما» ظاهر إن لم يكن صريحاً في أن المدار في الصحة على ذلك ولو مع الجهل الذي يمكن زواله، على أن ترجيح أدلة الغرر بما سمعت يقتضي كون مدخليته هنا نحو ما في البيع والإجارة الذي لا فرق في مانعيته فيهما بين التعذر مطلقاً وفي الحال وعدمه ومسيس الحاجة مع عدم رجوعه إلى نفي الحرج في الدين لا يؤثر أثراً، ودعوى إرادة ذلك منه ممنوعة، ولو سلمت لم تقتض اختصاص الصلح بذلك بعد الإغضاء عن أصل جريان نفي الحرج في المقام، فالأقوى حينئذ الصحة مطلقاً إلاّ الجهالة التي لا تؤول إلى علم للإبهام، انتهى.

إذ يرد عليه أولا: إنه كما ورد نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر في البيع[1]، ورد نهي النبي عن الغرر[2] بصورة مطلقة، وهو شامل لمختلف أنحاء المعاملات، ولذا قال في الجواهر وغيره بأن الغرر في المعاملات كلها يوجب الإشكال، سواء في الرهن أو المضاربة أو المزارعة أو المساقاة أو الشركة أو غير ذلك، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم في مختلف الأبواب، والحديث وإن كان ضعيف السند لكنه معمول به قديماً وحديثاً.

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب التجارة ح٣.

(٢) الدعائم: ج٢ ص٢١ ح٤.

وثانياً: إنه لا يمكن تخصيص أدلة الغرر لما عرفت، لأن الدليلين متكافئان دلالةً، وبينهما عموم من وجه، كغرر بلا صلح وصلح بلا غرر، واجتماعهما في الصلح الغرري.

وثالثاً: إن إشكاله في الجهالة التي لا تؤول إلى علم غير ظاهر الوجه، فإنه إذا لم يضر الغرر فالجهالة التي لا تؤول إلى علم غير ضارة، وإن ضر الغرر فالجهالة ضارة سواء آلت إلى العلم أم لم تؤل إلى العلم.

وعليه فمقتضى القاعدة ما ذكرناه من الفرق بين الغرر الذي يدخل في الصلح عرفاً، لأنه مبني على المسامحة فهو كالغرر الذي يدخل في الهبة مثلاً حيث بناؤها على المسامحة، وبين الغرر الذي ليس كذلك، فالغرر الذي يدخل في الصلح يقدم دليل الصلح عليه، والغرر الذي لا يدخل في الصلح لا يقدم دليل الصلح عليه وإنما يقدم دليل الغرر، فكل الصور مناطها ما ذكرناه.

ولعله أشار إلى ما ذكرناه الأردبيلي في المنقول عنه، من الموافقة على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلومية، ولكن يعتبر فيه العلم في الجملة، إما بالوصف أو المشاهدة، وإن كان في كلامه أيضاً أنه لا دليل على اعتبار العلم إذا كان لا يدخل فيه الغرر عرفاً.

كما أن ما عن الدروس من أن الأصح اشتراط العلم في العوضين إذا أمكن، إلى أن قال: لو تعذر العلم بما صولح عليه جاز، كما في وارث يتعذر علمه بحصته، وكما إذا امتزج مالاهما بحيث لا يتميز، ولا تضر الجهالة، ورواية منصور بن حازم تدل عليه، ولو كان تعذر العلم لعدم المكيال والميزان في الحال لمساس الحاجة إلى الانتقال، فالأقرب الجواز، انتهى.

يجب أن يترل على ما ذكرناه، وإلا ففيه نظر.

ثم إنه إذا تصالحا مع الجهل، ثم ادعى أحدهما الغرر، والآخر نفاه، سمع كلام المدعي بموازين الدعوى فعليه الإثبات، وإذا لم يكن له إثبات فعلى طرفه الحلف، ولو الحلف على عدم العلم إذا ادعى عدم العلم فيحكم أصالة الصحة في المعاملة الواقعة قبل الدعوى.

(مسألة ٣): قال في الشرائع: وهو لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه.

وفي الجواهر: بلا خلاف.

لعموم ﴿أوفوا﴾[1] وغيره من أدلة اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود، نعم يجيء على قول الشيخ الجواز في بعض موارده، كما إذا كان فرع العارية أو الهبة على بعض الوجوه، بناءً على أن مراده لحوقه حكم ما أفاد فائدته، أما على المختار فليس إلاّ على اللزوم.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: وهو لازم من الطرفين، قال: كما في الشرائع والنافع والتحرير والإرشاد والتبصرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح، وهو معنى ما في الوسيلة والسرائر والتذكرة من أنه إذا تم لم يكن لأحدهما رجوع على الآخر، ولا خيار بعد انعقاده، وفي الكفاية إنه لازم على المشهور من كونه أصلاً في نفسه وهو كذلك، انتهى.

لكن نسبة الكفاية ذلك إلى المشهور مما يؤذن بذهاب بعض الفقهاء إلى عدم اللزوم محل نظر، إلاّ إذا كان ناظراً إلى كلام الشيخ.

ومنه يعلم وجه النظر في اعتراض الروضة على اللمعة بأن الصلح أعم من اللازم.

ثم إن الصلح قد يكون لازماً غير قابل للفسخ، كما إذا أصلح بينهما الحاكم الشرعي صلحاً لفض النزاع، فإنه لا حق لهما في الإقالة والرجوع إلى النزاع، لأن حكم الحاكم الشرعي واجب التنفيذ.

---

(١) المائدة: آية ١١.

نعم إذا فضا الصلح بدون الرجوع إلى التراع لم يكن بذلك بأس.

وقد يكون جائزاً غير لازم، كما في الصلح المعاطاتي على ما اختاره غير واحد من أن المعاطاة لا تفيد اللزوم في البيع ولا في غيره، وإن كنا استشكلنا على ذلك في البيع، حيث إن دليل البيع وغيره شامل للمعاطاة فيهما أيضاً، فلا وجه للقول باللزوم في اللفظي وعدم اللزوم في غير اللفظي.

وقد يكون غير لازم بسبب دخول الخيار فيه، ولذا كان اللازم أن يحمل قول الشرائع وغيره (إلاّ أن يتفقا على فسخه) على المثال في المستثنى والمستثنى منه، والاتفاق على الفسخ إنما هو بالإقالة الشامل دليلها له ولغيره كما في الجواهر.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (لايبطل إلاّ باتفاقهما على فسخه): كما صرح به في أكثر ما تقدم وهو قضية كلام الباقين، وفي الرياض نفي الخلاف عن فسخه بالتقايل، وعن مجمع البرهان الإجماع عليه.

وقد تقدم أن الصلح أيضاً يبطل بظهور استحقاق أحد العوضين كما صرح به غير واحد وسيأتي الكلام فيه مفصلاً إن شاء الله تعالى.

والظاهر أنه كما يصح التقايل في كل الصلح يصح التقايل في بعضه، كما إذا صالح شاة ببقرة ثم تقايلا في نصف كل منهما، وذلك لأن العقد ليس بسيطاً غير قابل للتبعيض كما في النكاح والطلاق حيث لا يقبلان التبعيض، وإنما هو قابل للتبعيض.

كما أن الظاهر أنه يدخل فيه خيار تبعض الصفقة، كما إذا صالح شاة في قبال بقرة ثم ظهر نصف الشاة مستحقاً، حيث يصح لصاحب البقرة الفسخ لتبعيض الصفقة بأدلته المذكورة في البيع وغيره.

قال في القواعد: ولابد من متعاقدين كاملين، وفي مفتاح الكرامة إجماعاً كما في التذكرة كما ستسمعه، ولابد من صيغة ومن الإيجاب والقبول كما

في التذكرة وجامع المقاصد واللمعة والروضة، ولابد من المقارنة كما في التذكرة، ونسب ذلك كله في مجمع البرهان إلى ظاهر الأصحاب، وبالجملة حاله حال سائر العقود اللازمة، وتصح وظيفة كل من الإيجاب والقبول من كل منهما بلفظ (صالحت) و(قبلت) كما في الروضة، انتهى.

أقول: أما لزوم تكامل المتعاقدين فلا إشكال فيه، حيث يجب أن يكونا بالغين عاقلين غير محجورين، إلى غير ذلك من الشروط.

وأما الاحتياج إلى الصيغة والإيجاب والقبول، فقد عرفت سابقاً عدم الدليل عليهما، فالصلح المعاطاتي أيضاً صحيح، كما أنه لا يجب أن يكون إيجاب وقبول، بل يصح أن يكون كالتصافق والتصافح.

أما المقارنة فهي عرفية، كما ذكرناه في سائر العقود.

وكما أنه يلزم تكامل المتعاقدين يلزم صحة الصلح بالنسبة إلى الدين أو العين أو ما أشبه، بأن لا يكون كالخمر والخنزير بالنسبة إلى المسلم، والظاهر أنه لا تصح المصالحة بين مسلم وكافر على خمر أو خنزير غير مباح التعامل عليهما، أما مباح التعامل كالخمر المحترمة والخنزير المتخذ لأجل جلده أو شعره أو شحمه أو ما أشبه مما حلله الشارع فلا بأس على إشكال.

وإذا صالح المسلم الكافر بأن يعطيه خمراً ويأخذ منه مثلاً درهماً لم يصح، ولا يأتي هنا قاعدة «ألزموهم بما التزموا به» كما ذكرنا مثله فيما إذا تزوج المسلم أخته المجوسية، فإن قانون الإلزام لا يشمل مثل ما إذا كان حراماً على أحد الطرفين إلا فيما خصص كما في المطلقة ثلاثاً من العامة في مجلس واحد أو بلا شهود، وكما في الإرث في باب التعصيب، إلى غير ذلك.

فمقتضى القاعدة أن المسلم عليه أن يطبق أحكام الإسلام التي هي بنظره مستفادة من الأدلة إلا فيما خرج بالدليل، فمثل الإرث

ونحوه خارج بالدليل، لا أنه أصل يقاس عليه غيره.

نعم إذا كان طرف المسلم كافراً حربياً، وصالحه المسلم على خمر أو نحوها، بطلت المصالحة وصح أخذ مال الكافر من باب الإنقاذ، كما ذكره العلامة وغيره في بيع الميتة والمذكى المشتبهين ممن يستحل.

(مسألة ٤): قال في الشرائع: إذا اصطلح الشريكان على أن يكون الربح والخسران على أحدهما وللآخر رأس ماله صح.

ويدل على ذلك الصحيح عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام)، في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح وعليك الخسران، فقال (عليه السلام): «لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد إلى كتاب الله عز وجل»[1].

ونحوه خبره الآخر عنه (عليه السلام) أيضاً، إلاّ أنه قال: (كان من المال دين وعين) ولم يقل: (وعليهما دين)[2].

وكذا خبره الثالث، إلاّ أنه قال: (وكان المال ديناً)[3]، ولم يذكر العين ولا عليهما دين.

وهكذا الخبر الرابع إلاّ أنه قال: (كان المال دينا وعيناً)[4].

كذا رواه في مفتاح الكرامة، وتبعه الجواهر، وإن كان الوسائل لم يذكر إلاّ رواية واحدة بلفظ واحد.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو اصطلح الشريكان على أن لأحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح كما عبر بذلك): ومثله من دون تفاوت أصلاً في الشرائع والنافع والإرشاد والتبصرة والكفاية، وقد يفهم من هذه الكتب عموم الحكم بالصحة إذا اشترطا ذلك في عقد الشركة، أو بعد العقد في أثناء الشركة، وإن لم يرد القسمة.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦٥ الباب ٤ من أبواب أحكام الصلح ح١.

(٢) مفتاح الكرامة: ج٥ ص٤٦٩ من كتاب الصلح.

(٣) مفتاح الكرامة: ج٥ ص٤٦٩ من كتاب الصلح.

(٤) مفتاح الكرامة: ج٥ ص٤٦٩ من كتاب الصلح.

وقال الشيخ في النهاية: (والشريكان إذا تقاسما واصطلحا على أن يكون الربح والخسران على واحد منهما، ويرد على الآخر رأس ماله على الكمال كان ذلك جائزاً، وهذا يقضي أن ذلك إنما هو عند انقضاء الشركة وإرادة فسخها، كما صرح بذلك في السرائر والتحرير والدروس واللمعة وحواشي الكتاب وإيضاح النافع وجامع المقاصد وتعليقي الإرشاد والنافع والمسالك والروضة والمفاتيح، وكذا التذكرة، بل في الأولين زيادة التصريح، لأن صاحب رأس المال صالح الآخر على الربح والخسران والنقد والنسيئة والعروض وسلم إليه)، انتهى.

والظاهر صحة أن يكون الشرط أو الصلح في أول العقد، وفي أثنائه، وبعد الفسخ، يعني أنه يشترط قبل الفسخ أو يتصالحان قبل الفسخ أو بعده، وذلك بالنسبة إلى الشرط لعموم «المؤمنون عند شروطهم»[1]، ولا يخالف الشرط الكتاب أو السنة أو مقتضى العقد، لأن عقد الشركة إطلاقه يقتضي أن يشتركا في الربح والخسران، وإلا فمقتضى العقد ليس ذلك إذا لم يطلق، كما أن إطلاق البيع يقتضي اللزوم، لا أن مقتضاه اللزوم حتى يكون خيار الشرط منافياً لمقتضى العقد، فإذا شرط هذا الشرط في أول عقد الشركة صح العقد والشرط.

ولا تنحصر الفائدة في الشركة بالربح والخسران، لأنه تصح الشركة وإن علما أنه لا ربح ولا خسران، وإنما يريدان إشغال مالهما واشتغال أنفسهما حتى لا يكونا بطالين، وكذلك يريد من يريد رأس ماله فقط

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ و٢٠ من أبواب المهور ح٤، والاستبصار: ج٣ ص٢٣٢، والتهذيب: ج٧ ص٣١١ ح٧.

أن لا يبقى ماله عاطلاً حتى يؤخذ منه مثلا الضريبة، أو يكون خوف سرقة اللصوص له، أو يريد ربح صاحبه مثلاً، إلى غير ذلك من الفوائد العقلائية.

وكذلك يصح الشرط في أثناء الشركة فيما لأحدهما أو لهما الفسخ، فيقول أحدهما للآخر: إني لا أفسخ بشرط أن لا يكون لي ربح ولا خسارة وإنما برأس مالي فقط، وهكذا بالنسبة إلى حين إرادة الفسخ فيقول: إني أفسخ ــ فيما له الإبقاء ــ بشرط أن يكون لي رأس مالي بدون ضرر وربح.

أما بالنسبة إلى الصلح، فإن أدلة الصلح شاملة للصور الأربع، أي الصلح عند الشركة، أو في الأثناء، أو قبل الفسخ، أو بعد الفسخ، فلا مانع من كل ذلك.

ومنه يعرف أن إشكال مفتاح الكرامة على الشرائع والقواعد وغيرهما: إلاّ أن تنزل على ما ذكره النهاية وغيرها، غير وارد.

قال: وعلى كلام الشيخ في النهاية ومن تبعه تنزل العبارات المتقدمة للشرائع وغيره، لأنا لو لم ننزلها على ذلك وقلنا: بأن الشرط المذكور كان في عقد الشركة أو بعده لما صح تسميته صلحاً، لأنه يكون شرطاً في عقد الشركة لا صلحاً على الأول، لأنه إن أتى بلفظ الشرط فظاهر، كأن يقول: شاركتك بشرط أن يكون الربح لك، فيقول: قبلت، وإن أتى بلفظ الصلح كأن يقول: شاركتك لنعمل في هذا المال، وصالحتك على أن يكون الربح لك، فيقول: قبلت، فلا صلح أيضاً، لأن الصلح من أركانه العوضان، ولا عوض هنا.

وعلى الثاني، وهو ما إذا كان بعد العقد، فإن أتى بلفظ الشرط فلغو، وإن أتى بلفظ الصلح قبل المرجع وبعده لم يظهر ربح كما هو المفروض فلا صلح، إذ لا عوض، خصوصاً إذا كانت العين قائمة لم تمزج، وإذا كان شرطاً في عقدها كان مخالفاً لمقتضى عقدها، لأن مقتضاها أن الربح والخسارة تابعان

لرأس المال، فيكون مخالفاً للكتاب والسنة، فيكون فاسداً، وليس هذا كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه في المنافاة لمقتضى العقد، لأنه لا لزوم، واشتراطه يوجب التزلزل المنافي له، وذلك لأن مقتضى عقد البيع إنما هو الانتقال خاصة، واللزوم من صفاته وكيفياته الخارجة، فاشتراط الخيار ليس منافياً لمقتضاه، بخلاف الشركة إذ ليس مقتضاها سوى ما عرفت، فلو شرط فيها خلافه عاد عليها بالنقض كاشتراط عدم الانتقال في البيع، لكنا قد حققنا في باب الشركة أن هذا الشرط غير مناف لها وإلا لما صار اشتراطه حيث يكون العمل من أحدهما مع أنه يجوز إجماعاً، انتهى.

ومن أخير العبارة يعرف أنه رجع عن الإشكال في الشرط، وإن كان في جملة من كلامه موارد للتأمل على ما عرفت وجهه.

أما تفصيل الجواهر بين الصلح والشرط بقوله: إن المتجه على كل حال الجواز مطلقاً من جهة الصلح، كما هو مقتضى المتن وغيره من عبارات الأصحاب، بل والنص، نعم الأقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطية لا في الابتداء ولا في الأثناء ولا عند الانتهاء، ضرورة عدم المقتضي للزومه، وإنما هو وعد، ثم نقل عبارة مفتاح الكرامة ثم قال أخيراً: وإن كان قد يناقش فيه بأن ذلك لو كان منافياً لمقتضاه لم يجز حتى بالصلح الذي قد عرفت جوازه للأدلة المزبورة، فالمراد بالشرط فيها ما فهمه الأصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح، وأنه ربما يطلق اسم الشرط على العقود، انتهى.

فغير ظاهر الوجه، مع ما فيه من تدافع بين أول كلامه، حيث ذكر أن الأقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطية، وبين أخيره حيث قال: وإن كان قد

يناقش فيه، إذ كيف يجمع بين قوة العدم وبين المناقشة.

وكيف كان، فإشكال الجواهر في الشرط بأنه وعد، سواء كان في الابتداء أو في الأثناء أو عند الانتهاء غير ظاهر، إذ الشرط في أثناء عقد الشركة مرتبط بعقد الشركة، وليس وعداً فحسب، وكذلك في الأثناء حيث يحق له الفسخ، وكذلك عند الانتهاء حيث يحق له الإبقاء، فيقول في الأول: نتشارك على هذا الشرط، وفي الوسط: إني أبقي على الشركة على هذا الشرط، وعند الانتهاء: إني أفسخ شركتي على هذا الشرط، اللهم إلاّ أن يريد غير هذه الصور، نعم الشرط بعد فسخ الشركة أو انتهائها وعد.

ومنه يعلم أن صور الصلح أربع، وصور الشرط ثلاث، إلاّ أن يكون الشرط بعد انتهاء الشركة أو فسخها في ضمن عقد لازم خارجي، وهو خارج عن محل الكلام.

وكيف كان، فكلام الفقهاء هنا في الصلح، وأما الشرط فهو مرتبط ببابه، وقد عرفت دلالة بعض الروايات على بعض صور الصلح في الجملة، وإن كان ربما يقال: بأن إطلاق الروايات تشمل كل الصور، لكنه خلاف ظاهر قوله (عليه الصلاة والسلام) في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين.

وأما ذكر الشرط في الرواية، فيمكن أن يراد به الشرط في قبال الصلح، ويمكن أن يراد به الصلح في قبال الشرط، ويمكن أن يراد به الأعم، ولا بعد في إرادة الأعم، لأن الشرط في أمثال هذه الموارد يطلق على الشرط الذي في قبال الصلح وعلى الصلح.

(مسألة ٥): قال في الشرائع: ولو كان معهما درهمان وادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما، كان لمدعيهما درهم ونصف، وللآخر ما بقي.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ويعطي مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر، ومدعي أحدهما الباقي): كما في النهاية والنافع والتحرير والإرشاد والدروس والحواشي واللمعة والتنقيح والتذكرة وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية ومجمع البرهان، وفي الأخير إنه مجمع عليه.

ويدل على الحكم صحيح عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد من أصحابنا، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، قال: فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أما الذي قال: هما بيني وبينك، فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه، ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين»[(١)].

ونحوه مرسلة محمد بن أبي حمزة، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام)، في رجلين كان بينهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: بيني وبينك، فقال (عليه السلام): «قد أقر أن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء، وأنه لصاحبه، وأما الآخر فبينهما»[(٢)].

وفي المقنع، الذي هو متون الروايات، قال: «إذا كان بين رجلين درهمان، فيقول أحدهما: الدرهمان لي، ويقول الآخر: بيني وبينك، فإن

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦٩ و ١٧٠ الباب ١ من أبواب الصلح ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٦٩ و ١٧٠ الباب ١ من أبواب الصلح.

الذي يقول: هما بيني وبينك قد أقر أن أحد الدرهمين ليس له، وأنه لصاحبه، وأما الآخر فبينهما نصفان»[1].

ولا يخفى أن ما يأتي من الكلام في هذا البحث إنما هو فيما إذا كان الدرهمان متساويين، كما إذا كان كل واحد منهما مثقالاً.

أما إذا كانا مختلفين، كما إذا كان أحدهما مثقالاً والآخر مثقالاً ونصف، فللمسألة ثلاث صور، إذ أن مدعي الواحد قد يدعي المثقال، فيعطى له نصف المثقال، وقد يدعي المثقال والنصف، فيعطى له ثلاثة أرباع المثقال، وقد يكون دعواه مجهولة إما لموته أو ما أشبه ذلك، وحينئذ يعطى له بالنسبة، بمعنى أنه يعطى لمدعي الواحد عشرة من ستة عشر، ويعطى لمدعيهما واحد وستة من ستة عشر، وذلك لقاعدة العدل، حيث يعطى لمدعي الواحد نصف نصف المثقال ونصف نصف المثقال والنصف.

وإن شئت قلت: يعطى لمدعي أحد الدرهمين ربعان ونصف ربع، ويعطى لمدعي الدرهمين خمسة أرباع ونصف ربع.

وعلى هذا القياس لو كان الاختلاف في الدرهمين فيما كان مثلاً أحد الدرهمين يعادل مثقالين والدرهم الآخر يعادل مثقالا، أو يعادل مثقالاً ونصفاً، أو كان أحدهما يدعي من الدرهمين درهماً ونصفاً، ويدعي الآخر درهماً، أو درهماً وربعاً، إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة.

ثم إن مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن الرواية أن صور المسألة ست:

الصورة الأولى: أن يكون لكليهما يد، فإن كان على نحو الإشاعة احتاج إلى المراضاة، وإن لم يكن على نحو الإشاعة بأن يقول صاحب الدرهم

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦٩ و ١٧٠ الباب ١ من أبواب الصلح.

الواحد: هذا الخاص لي، فلا حاجة إلى المراضاة، وفي هذه الصورة بكلا شقيها يقسم الدرهم الواحد بينهما، فيكون لصاحب الواحد النصف، ولصاحب الاثنين الواحد والنصف.

الصورة الثانية: لا يد لأحدهما ولا لغيرهما، وهنا أيضاً كالصورة الأولى، ويأتي هنا أيضاً الشقان المذكوران هناك.

الصورة الثالثة: أن يكون لأحدهما يد، وهو صاحب الدرهم، فصاحب الدرهمين إن أقام البينة كان الحق له، وإلا حلف صاحب الدرهم ويكون كل الدرهم له.

الصورة الرابعة: أن يكون لأحدهما يد، وهو صاحب الدرهمين، فإن أقام الخارج وهو صاحب الدرهم البينة كان الدرهم له، وإلا حلف صاحب الدرهمين وكان الدرهمان له.

الصورة الخامسة: أن يكون في يد ثالث، وهو يصدق أحدهما، فعلى غير المصدَّق بالفتح البينة، وعلى المصدَّق بالفتح الحلف، فإذا جاء غير المصدَّق بالبينة كان الحق له، وإلا حلف المصدَّق وأخذ الدرهم إن كان صاحب درهم، أو الدرهمين إن كان صاحب الدرهمين.

الصورة السادسة: أن لا يصدق أياً منهما، فعلى كل واحد منهما البينة، فإذا أقام أحدهما البينة كان الحق له، وإذا أقاما كلاهما البينة كان التنصيف في الدرهم الواحد، والدرهم الآخر لمدعي الاثنين، وذلك لتعارض البينتين في درهم واحد، أما الدرهم الآخر فلا ادعاء لصاحب الدرهم الواحد فيه.

ثم اللازم تطبيق الروايتين على القواعد من حيث الاحتياج إلى البينة واليمين، وعدم ذكر الروايتين له لأنهما في صدد أصل الحكم لا خصوصيات

الحكم، فربما احتاج الأمر إلى البينة، وربما احتاج إلى اليمين وربما لا يحتاج إلى أي منهما.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (نعم ظاهر الخبرين والمتن وغيره أن الحكم كذلك من غير يمين، وأنه لا فرق بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كل منهما على الإشاعة، أو بواحد منهما على التعيين، بل لعلهما في الأول أظهر منهما في غيره) محل نظر، إذ من جهة اليمين يلزم القول بالفرق بين الموارد مما يحتاج إلى اليمين أو لا يحتاج.

أما من جهة الإشاعة وغير الإشاعة فالأمر كذلك للإطلاق، كما أن منه يعلم وجه النظر في إطلاق التذكرة، حيث إنه بعد أن فرض موضوع المسألة دعوى أحدهما الدرهمين والآخر واحداً منهما، قال: الأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه، فمن نكل منهما قضى به للآخر، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسم بينهما نصفين.

واستحسنه في المسالك لعموم «واليمين على من أنكر»[1].

وفي الدروس: لو كان معهما درهمان فادعاهما أحدهما، وادعى الآخر اشتراكهما، الرواية المشهورة للثاني نصف درهم وللأول الباقي، ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعاً، فإنه يقوى القسمة نصفين فيحلف الثاني للأول، وكذا كل مشاع.

وعن إيضاح النافع: لا أرى له وجهاً حسناً، وتأمل فيه في محكي قضاء الروضة في آخر كلامه.

وفي قضاء القواعد والتحرير والدروس واللمعة أنه

(١) المستدرك: ج٣ ص١٩٩.

لو كانت في أيديهما عين فادعاها أحدهما وادعى الآخر منها نصفاً ولا بينة، فهي بينهما بالسوية، ولكن على مدعي النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على صاحبه.

ووجه في الروضة الفرق بين المشاع وغيره بأن كل جزء من العين على تقدير الإشاعة يدعي كل منهما تعلق حقه به ولا ترجيح، فكانت نسبته إلى الجميع على السواء.

إذ فيه: إنه لا يستلزم الاختصاص باليمين، إذ أي فرق بين دعوى الإشاعة وغيرها.

ثم لما كان الأمر على وفق القاعدة لا ينحصر الحكم بذلك في مثل الدرهمين، بل يتعدى إلى سائر الموارد حتى في مثل الدار التي هي بيدهما وفيها غرفتان، فيدعى أحدهما إحدى الغرفتين، والثاني يدعي كلتيهما، سواء كان الادعاء على نحو الإشاعة، أو على نحو الخصوصية، أو على نحو الجمع بينهما بأن يدعي أحدهما أن نصف هذه الغرفة مشاعة له ونصف الغرفة الأخرى معينة له.

وهكذا بالنسبة إلى خروج كلهما عن الدار، أو كون يد أحدهما عليها، أو كون الدار في يد ثالث، إلى غير المثالين من الموارد.

ولذا الذي ذكرناه من عدم الفرق بين الإشاعة وغيرها، قال في مفتاح الكرامة: إن إطلاق الأصحاب في المقام والأخبار يشمل صورة دعوى الثاني للدرهم على الإشاعة والتعيين، والمصرح بالفرق في باب القضاء هو العلامة والشهيد لتوجيه لم يتضح وجهه، فلا ينبغي العدول عن ذلك إلى هذا، ثم قال: ذكر هذه المسألة وما بعدها في باب الصلح إما لأن ذلك لازم من غير يمين كما قاله بعضهم، وإما لمناسبة له حيث إن الصلح لا يكون إلاّ كذلك، لأنه العدل فيرغبان في الصلح حذراً من الأيمان، انتهى.

ومن الكلام في الدرهم والدرهمين يظهر حال ما إذا كان المشتركون أكثر من الاثنين، مثلاً قال أحدهم: لي الاثنان، وقال الآخر: لي واحد، وقال الثالث: لي النصف، وهكذا، لوحدة الملاك في جميع الصور.

كما أن من الإشاعة ظهر الكلام فيما إذا كان أحد الثلاثة يقول: لي المعين، ويقول الآخر: لي الكل، ويقول الثالث: لي على نحو الكلي في المعين، إلى غيرها من سائر الأمثلة.

(مسألة ٦): قال في الشرائع: وكذا لو أودعه إنسان درهمين وآخر درهماً وامتزج الجميع ثم تلف درهم.

ومراده بقوله: (وكذا) أنه لذي الدرهمين درهم منهما، لأنه لا احتمال غيره، فإن الضائع درهم، فإن كان من ذي الدرهم فالدرهم لذي الدرهمين موجود، وإن كان من ذي الدرهمين فدرهم من الباقيين الذي لذي الدرهمين موجود، فدرهم قطعاً لذي الدرهمين. وأما الدرهم الآخر فهو محتمل لكل منهما ولا مرجح، فمقتضى قاعدة العدل بينهما قسمته نصفين.

ويدل عليه بصورة خاصة ما رواه السكوني، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام)، في رجل استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما، فقال (عليه الصلاة والسلام): «يعطي صاحب الدينارين ديناراً، ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين»[1].

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة في القواعد: (وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج الأجزاء) قال: وهذا هو المشهور كما في الدروس والتنقيح وإيضاح النافع والمسالك والروضة والكفاية والرياض، وفي جامع المقاصد نسبته إلى الأكثر تارة وإلى الأصحاب أخرى، وقد نسب إلى الأصحاب في الدروس والمسالك والروضة، ولم أجد فيه خلافاً إلاّ من المصنف في التحرير، فإنه قال: الأولى عندي قسمة الثالث على رأس المالين، فيعطى صاحب الدينارين دينار وثلثاً وصاحب الدينار ثلثا دينار.

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٧١ الباب ١٢ من أبواب الصلح ح١.

وقد مال الشهيدان والمحقق الثاني إلى القرعة لأنها مقتضى القواعد، لكنهم لم يجسروا على المخالفة.

وقال في محكي الدروس: ولو أودعه واحد دينارين وآخر ديناراً فضاع دينار واشتبه، ففي رواية السكوني: «لصاحب الدينار نصف دينار وللآخر الباقي»[1].

والعمل بها مشهور، وهنا الإشاعة ممتنعة، ولو كان في أجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثاً، ولم يذكر الأصحاب في هاتين المسألتين يميناً، وذكروهما في باب الصلح، فجائز أن يكون ذلك قهرياً وجائز أن يكون اختيارياً فإن امتنعا فاليمين.

والفاضل في أحد أقواله يحكم في مسألة الوديعة بأن الدينارين الباقيين بينهما أثلاثاً كمختلف الأجزاء وفيه بعد، ولو قيل بالقرعة أمكن، وتبعه الشهيد الثاني في المسالك، فإنه بعد أن استشكل في ضعف المستند قال: التالف لا يحتمل كونه منهما، بل من أحدهما خاصة، لامتناع الإشاعة هنا، والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة، ومال إليه في الدروس إلاّ أنه تحاشى عن مخالفة الأصحاب.

أقول: مقتضى القاعدة أن للمسألة صوراً ثلاثاً:

الأولى: أن تكون على نحو المزج، كصاع في ضمن صاعين، وهنا مقتضى القاعدة التثليث، لأن الذاهب من كل واحد منهما بنسبة حصته، ولا وجه لجعل الذاهب من أحدهما أكثر من الذاهب من الآخر، فمن صاحب الاثنين ذهب ثلثان، ومن صاحب الواحد ذهب ثلث، كما أنه إذا كان لأحدهما ثلاثة وللآخر اثنان وذهب واحد قسّم الواحد خمسة أقسام، فالذاهب من صاحب الثلاثة ثلاثة أخماس ومن صاحب الاثنين خمسان، وهكذا.

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٧١ الباب ١٢ من أبواب الصلح ح١.

الثانية: أن يكون على نحو الكلي في المعين، وفي هذه الصورة يكون الذاهب من البائع، مثلاً كان لزيد عشرة أصوع فاشترى عمرو صاعاً منه على نحو الكلي في المعين، ثم أودع الأصوع عند بكر فضاع صاع مثلاً أو أكثر، فإنه ذاهب من صاحب المال لا من المشتري، لما قرر في بحث أطنان القصب.

الثالثة: ما في الرواية وإطلاقها يقتضي ما ذكر من التنصيف، وربما يحتمل أنه لولا إطلاق الرواية المؤيد بالفتوى لزم التفصيل في المسألة، لأن لها ثلاث صور:

الأولى: إذا تصالحا على الاشتراك في الجميع، ومقتضى القاعدة الثلث والثلثان.

الثانية: إذا تصالحا على الاشتراك في درهم من هذا ودرهم من ذاك، كما إذا كان لكل واحد منهما درهم وتصالحا على الاشتراك ثم وضع أحدهما درهماً على الدرهمين وأودعا الثلاثة عند إنسان، فالمحتمل هنا أن يكون المفقود الدرهم غير المشترك فيه، وأن يكون المفقود أحد الدرهمين المشترك فيهما.

الثالثة: أن لا يقع صلح، ومقتضى القاعدة القرعة، لأن هذا الدرهم الباقي إما لهذا وأما لهذا، والقرعة لكل أمر مشكل، لكن حيث وردت الرواية فلا مجال للقرعة، ولذا أشكل الجواهر على قول الدروس المتقدم بأنه لو قيل بالقرعة أمكن، قال: ولا إشكال بعد النص والفتوى والقاعدة التي أشرنا إليها في قسمة المال بين مدعيه قلوا أو كثروا بالسوية على فرض استوائهم في قطع الدعوى بذلك المنزل منزلة الصلح القهري فيما بينهم.

هذا لكن الظاهر من الرواية أن لا إطلاق لها يشمل الصور الثلاث، بل ظاهرها ما هو المتعارف من أنه يودعه أحدهما درهمين ويودعه الآخر درهماً.

وعليه، فلا تشمل مثل ما إذا ورث الولد والبنت درهمين ودرهماً، وقبل التقسيم أودعوا الثلاثة مثلاً عند الوصي أو غيره، حيث إن مقتضى القاعدة العمل بالثلث والثلثين هنا لا بدرهم ونصف للولد ونصف درهم للبنت.

ولذا الذي ذكرناه قال الجواهر: (وأما ما حكاه الدروس عن الفاضل فهو كما ذكر في غاية البعد، مع فرض الاشتباه بدون امتزاج، ضرورة عدم حصول الشركة بينهما بذلك، أما مع فرضه فقد يقال بأنه كالممتزج من الحبوب حينئذ، اللهم إلاّ أن يدعي حصول الشركة بها قهراً شرعاً، بخلاف غيره من الدراهم ونحوها، لكنه كما ترى فالأولى فرض مسألة المتن بدون امتزاج كما في النص، أما معه وقلنا بحصول الشركة به مطلقاً، فالمتجه فيه حينئذ حكم الأقفزة في كون التالف على النسبة. واحتمال الفرق بالقطع في الحبوب بكون التالف منهما بخلافه في مسألة الدرهم يدفعه أولاً: إنه لا قطع بكونه على النسبة في الحبوب إذ يمكن التفاوت، وثانياً: عدم المدخلية لذلك بعد فرض الدليل شرعاً على حصول الشركة بالامتزاج في المثليات على وجه يرفع التمييز. وإن كان في كلامه هذا مواضع للتأمل كما يعرف مما ذكرناه) انتهى.

ثم إنه لو شك أن أيهما صاحب الدرهمين وأيهما صاحب الدرهم، فمقتضى القاعدة التنصيف بإعطاء كل واحد منهما درهماً، لأنه مقتضى قاعدة العدل.

ومن هذا المقام يعرف سائر الفروض، كما يمكن استخراج حق كل منهما بالأربعة المتناسبة في موارد النسبة، بأن يقال: لو كان الدراهم ثلاث كان له اثنان أو واحد، أما في الحال فحيث الدراهم اثنان كم له، وهكذا.

(مسألة ٧): قال في الشرائع: ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً، ولآخر ثوب بثلاثين درهماً، ثم اشتبها، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، وإن تعاسرا بيعا وقسم ثمنهما بينهما، فأعطي لصاحب العشرين سهمين من خمسة وللآخر ثلاثة.

وقد أفتى المشهور بهذا طبقاً لخبر إسحاق بن عمار، عن الصادق (عليه السلام) في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب، وآخر عشرين درهماً في ثوب، فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه، قال: «يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، والآخر خمسي الثمن». قلت: فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيهما شئت، قال (عليه الصلاة والسلام): «قد أنصفه»[1].

قال في مفتاح الكرامة: (وقد عمل بها الشيخ في النهاية والقاضي فيما حكى عنه والمحقق في كتابيه والمصنف في التحرير والإرشاد والتبصرة والمختلف، وفي الدروس أن عليها المعظم، وفي المسالك ومجمع البرهان عمل بها المشهور، وفي إيضاح النافع وجامع المقاصد نسبته إلى أكثر الأصحاب، وفي التنقيح إلى الشيخ وأتباعه، وقد نسب العمل بها إلى الأصحاب في مطاوي جامع المقاصد مرتين، وفي مضاربة جامع المقاصد إنه محل وفاق) انتهى.

وحيث إن المشهور عملوا بالرواية فلا مجال للإشكال فيها من جهة السند، بل ربما قيل بصحة السند من طريق الصدوق، بل والشيخ أيضاً.

والظاهر أن البيع من باب المثال وإلا فالإيجار كذلك، كأن يؤجران الثوبين مثلاً كل عام بخمسين، فيتصرف صاحب الثلاثين بالثلاثين وصاحب العشرين بالعشرين.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٧١ الباب ١١ من أبواب الصلح ح١.

بل وكذلك فيما إذا كان الاشتراك في نصفي الشيء فيقع المهاياة بالانتفاع، مثلاً يشتريان نصفي دابة أحدهما بثلاثين والآخر بعشرين فيركبها صاحب الثلاثين ثلاثة أيام وصاحب العشرين يومين، أو يؤجراها كذلك، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في الدار والأثاث وغيرها، لأن الملاك في الجميع واحد، وهو قاعدة العدل، وهذه الرواية التي لا يفهم منها إلاّ الملاك، لوضوح أنه لا خصوصية للثوبين، كما لا خصوصية لعشرين درهماً وثلاثين درهماً.

ويأتي الأمر كذلك في ثلاثة أثواب وغيرها، فإذا اشترى أحدهم بخمسين والآخر بأربعين والثالث بعشرة قسم الثمن على المائة، فلصاحب الخمسين خمسون، ولصاحب الأربعين أربعون، ولصاحب العشرة عشرة.

وإن شئت قلت: لصاحب الخمسين النصف، ولصاحب الأربعين أربعة من عشرة، ولصاحب العشرة واحد من عشرة، وإذا باع الأول والثالث، أو الأول والثاني، أو الثاني والثالث، فكذلك تلاحظ النسبة.

ثم إن الأمر بالنسبة إنما هو مع عدم التضخم في أحد الثوبين بعد الاشتراء، أو التترل في أحد الثوبين، أو التضخم غير المتكافئ، أو التترل غير المتكافئ، وإلا لوحظت النسبة أيضاً بزيادة التضخم أو التترل.

نعم إن كان التضخم في كليهما على النسبة المتساوية كما إذا صار على الضعف، أو كان التترل على النسبة المتساوية كما إذا صار على النصف، كانت النسبة محفوظة أيضاً في الثمن والأجرة والمهاياة ونحوها، فإذا صار ثوب الثلاثين عشرين وبقي ثوب العشرين عشرين وبيعا بأربعين كان لكل واحد النصف، وإذا صار ثوب الثلاثين عشرين وثوب العشرين ثلاثين انعكس ما لكل منهما، بأن صار لصاحب ثوب العشرين ثلاثة أخماس الثمن وبالعكس،

ومثل حال التضخم والتنزل حال الارتفاع والانخفاض لجهة البلى في أحد الثوبين أو في كليهما، أو قصر أحد الثوبين أو كليهما فازدادت القيمة أو نقصت لأجل التقصير بالنظافة، أو توسخ أحدهما فتنزلت القيمة بالوساخة، إلى غير ذلك من الفروض.

وعلى أي حال، فما عن ابن إدريس من القرعة، ومال إليه في المسالك، بل ظاهر بعضهم أن جماعة قالوا بذلك، غير ظاهر الوجه، ولذا ردهم الجواهر بقوله: (ضرورة عدم الإشكال بعد ما عرفت معتضداً بالاعتبار الذي يقضي بكون مثل هذا الاشتباه كالاشتراك، بل لو لم يشتبها وبيعا معاً كان الثمن موزعاً على حسب قيمتهما، إلاّ أن الظاهر من النص والفتوى عدم اعتبار المعية في بيعهما في الحكم المزبور، بل ظاهرهما صيرورة مالكهما كالشريكين باعتبار احتمال تملك كل منهما لكل منهما، فهما بمثابة الشريكين فيهما على نسبة قيمتهما) انتهى.

ولا يخفى أن بيعهما معاً إنما يوجب كون الثمن موزعاً على حسب النسبة إذا كان البيع بحسب النسبة، أما إذا لم يكن البيع بحسب النسبة لوحظ قدر ما يخص كل واحد منهما في البيع، إذ قد يكون البيع على حسب النسبة، وقد يكون متساوياً، وقد يكون الأنزل أرفع والأرفع أنزل، فقول الجواهر تبعاً لغيره من ملاحظة النسبة في البيع معاً أو منفرداً، إنما هو في فرض كون النسبة محفوظة في البيع معاً.

أما إذا أوجبت المعية ارتفاع صاحب الثلاثين إلى الضعف، وارتفاع صاحب العشرين إلى واحد ونصف، أي صار الثلاثون ستين وصار العشرون ثلاثين، فإن النسبة تلاحظ في توزيع القيمة، وكذلك في باب الإجارة وغيرها، كما أن الانفراد قد يجب تنزل الأرفع وترفع الأنزل، ويأتي مثل الكلام في

اشتراء الثوبين في ما إذا استأجرا شيئاً، كما إذا ركبت عائلتان سيارة بالأجرة عائلة ثلاثة وعائلة خمسة فأخذ صاحب السيارة منهما ثمانية أقلها لأكثرهما وأكثرها لأقلهما، لأن الأقل أثرياء والأكثر فقراء وصاحب السيارة يأخذ من الفقراء أقل مما يأخذ من الأغنياء، أو أن صاحب السيارة أخذ الثمانية الأكثر من الخمسة للخمسة، والأقل من الثلاثة للثلاثة، بسبب أن صاحب السيارة يأخذ من الأكثر عائلة أكثر من النسبة التي يأخذها من الأقل عائلة، كما يتعارف ذلك في الدور، مثلاً إذا آجروا الدار لنفرين يأخذون منهما دينارين في الشهر، أما إذا آجروا الدار لخمسة يأخذون منهم عشرة دنانير في الشهر.

ثم في مسألة الثوبين هل يباعان منفردين أو منضمين، المشهور لم يفرقوا بين البيعين، لكن في التذكرة أنه إن بيعا منفردين وتساويا في الثمن فلكل واحد ثمن ثوب ولا إشكال، وإن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر قيمة، وكذا الأقل، بناءً على الغالب، وإن بيعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شركة الإجبار كما لو امتزج الطعامان، قسم الثمن على رأس المال.

وهكذا في القواعد قال: ويباع الثوبان مع الاشتباه معاً إن لم يمكن الانفراد، ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر، فإن بيعا منفردين فإن تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه، وإن تفاوتا فالأقل لصاحبه.

وقد أوضحه في مفتاح الكرامة بقوله: (إنهما إن بيعا مجتمعين، حيث لا يمكن الانفراد بأن يباع كل واحد وحده لعدم الراغب، وتعاسرا بمعنى لم يخير أحدهما صاحبه، صار كالمال المشترك شركة إجبارية، كما لو امتزج الطعامان، فيقسم الثمن على رأس المال وعليه تترل الرواية، وإن أمكن بيعهما منفردين وجب، فإن تساويا فلكل واحد ثمن ثوب، وإن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر

والأقل لصاحب الأقل، بناءً على الغالب من عدم الغبن، وإن أمكن خلافه إلاّ أنه نادر لا أثر له شرعاً، ويلزم على ما ذكره في التذكرة ما ذكره من ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معاً أو منفردين، إذ الحكم مختلف فتتحذ العبارتان) انتهى ما في مفتاح الكرامة.

والظاهر أن العلامة نظر إلى أنه قد يكون بسبب الاجتماع تفاوت، بخلاف ما لو انفرد بيع كل واحد منهما، وهذا صحيح فيما إذا كان الأمر كذلك، أي كان الانفراد سبباً، لوضوح قيمة كل واحد منهما، بينما الاجتماع يسبب عدم معرفة قيمة كل واحد منهما، لإمكان التترل أو الترفع بسبب الاجتماع إمكاناً عرفياً لا إمكاناً نادراً عقلياً.

ومنه يعرف أن إشكال الدروس على العلامة، بأن الرواية مطلقة في البيع، ويلزم على هذا ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معاً أو منفردين، إذ الحكم مختلط، غير ظاهر الوجه، كما أن إشكال الجواهر على العلامة بعد نقله عبارة التذكرة: (بأنه كالاجتهاد في مقابلة النص المعتضد بفتوى المعظم المقتضي صيرورهما بمثابة الشريكين على كل حال) انتهى، محل نظر.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فيما ذكره جامع المقاصد بقوله: فعلى هذا يكون مورد الرواية ما إذا تساوت القيمتان، فيبقى ما إذا تفاوتا خالياً عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف، إذ لا راد له، وقول ابن إدريس بالقرعة وإن كان له وجه، إلاّ أن مخالفة النص وكلام الأصحاب مشكل، ولذا قال في مفتاح الكرامة: إنه لا يتجه ما نبه عليه الشهيد وذكره المحقق الثاني لأنه إذا كان موردها كذلك عند الابتياع والبيع الثاني كيف يصح القسمة أخماساً، بل

يجب أن تكون بالسوية، وقوله في جامع المقاصد (يبقى ما إذا تفاوتا) إلى آخره، فيه: إنه لا وجه له لوجوب البيع مجتمعين إذا تفاوتا و لم يمكن الانفراد من دون رضاهما، خصوصاً مع تعلق غرضهما بالانتفاع بهما للكسوة أو القنية، والمفروض أنه لا نص حتى نعمل به تعبداً كما عمل به المشهور، إلى آخر كلامه.

وكيف كان، فالأقرب أن الرواية صغرى من صغريات القاعدة العقلية التي أيدها الشارع في غير مورد مما استفيد منها قاعدة العدل، فلا يختلف الأمر بالإجارة أو المضاربة أو الرهن أو البيع أو غيرها، ثياباً أو غير ثياب، كما ألمعنا إلى بعض الأمثلة فيما تقدم.

فقول الدروس من أنه إن عملنا بالرواية ففي تعديها إلى الثياب والأمتعة والأثمان المختلفة نظر، من تساوي الطريق في الجميع وعدمه، والأقرب القرعة هنا، محل نظر، ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: (إنه مخالف لقولهم (عليهم الصلاة والسلام): «علينا أن نلقي إليكم الأصول وعليكم أن تفرعوا»[1]، «ولا يكون الفقيه فقيهاً حتى نلحن له في القول فيعرف ما نلحن له»[2]، ولظهور إرادة التعليم منها، مؤيداً ذلك كله بموافقة ما فيها للاعتبار ومناسبته لما سمعته سابقاً مما شرع لقطع التنازع والتخاصم، فالأقوى حينئذ التعدية) انتهى.

والظاهر أن مراد الجواهر من قولهم (عليهم السلام): «علينا أن نلقي إليكم الأصول» أن القاعدة المستفادة من هذه الرواية أصل، فالعمل في سائر الموارد إنما هو

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٤١ الباب ٦ من أبواب صفات القاضي ح٥١.

(٢) انظر: المستدرك: ج٣ ص١٩٥ الباب ١٥ من أبواب صفات القاضي ح٦.

من الأصل المستفاد من الرواية، وإلا فظاهر «أن نلقي إليكم الأصول» الأصول الكلية مثل قاعدة الحل، وقاعدة الطهارة، وغيرهما، كما أن مراده من الرواية الثانية «إن هذا من اللحن» إذ ظاهر اللحن غير مثل ذلك، كدلالة الاقتضاء والمفهوم ونحوهما.

ثم إن الحاكم الشرعي لا حق له في جبرهما بالبيع عند الاختلاف إذا لم يرضا بالبيع، أو لم يرض أحدهما بالبيع، مثلاً أراد صاحب الثلاثة أن يستعمل الثوبين ثلاثة أيام وصاحب الاثنين أن يستعملهما يومين، فإن ذلك مقدم على البيع، حيث إن الإنسان له السلطة على عين ماله وعلى ثمنه، فإذا تمكن الاستفادة من العين ويرتفع بذلك الاختلاف يكون مقدماً على ذهاب العين والاستفادة من الثمن فحسب.

وعليه فلو اختلفا فأراد أحدهما الانتفاع ثلاثة أيام ويومين وأراد الآخر البيع لأخذ الثمن يمكن أن يقال بتقدم من يريد بقاء العين إلاّ أن يكون في بقاء العين والتقسيم بالانتفاع ثلاثة أيام ويومين محذور أو يرى العرف التساوي بين الأمرين بيعاً واستفادةً، أو يرى تقديم البيع على الاستفادة، لأن الاستفادة تبقي النزاع، بينما البيع يقطع النزاع، فإنه في مثل هذه الفروض يقدم البيع.

وحيث قد عرفت في المسألتين السابقتين المرتبطتين بالدرهمين والدرهم أن بعض الموارد من مواضع النزاع وبعض الموارد ليس كذلك، يظهر وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال في أخير هذا البحث: (وربما ظهر من الحكم في هذه المسألة أنه من بيان موضوعات الأحكام لا من باب المرافعات

ضرورة عدم ميزان الحكم فيها من البينة واليمين، ولعل الأمر في المسائل السابقة كذلك أيضاً، فلا يتوجه ما سمعته سابقاً من بعضهم من اليمين) انتهى.

إذ جعل المسائل الثلاث من واد واحد غير ظاهر الوجه، ففي المسألتين السابقتين أحياناً تأتي مسألة البينة واليمين.

نعم فيما نحن فيه لا مجال للبينة واليمين إلاّ إذا اختلفا أيضاً اختلافاً في أن أيهما صاحب الثلاثة وأيهما صاحب الاثنين.

ثم لا فرق بين أن تكون البضاعتان متجانستين كثوب وثوب، أو مختلفتين كثوب وكتاب، ثم مات المالكان مثلاً ولم يدر ورثتهما أن أيهما لأيهما، وكذلك لا فرق بين أن يكون ثوب وثوب أو ثوبان وثوب، مثلاً اشترى أحدهما ثوبين والآخر ثوباً ثم شكا في أن أيهما اشترى الثوبين وأيهما الثوب الواحد، وكذلك بالنسبة إلى ورثتهما بعد موتهما وما أشبه.

ثم الظاهر أن الحاكم الشرعي يصح له أن يصلح بين المتخاصمين صلحاً وإن كان يرى أن الحق مع أحدهما إذا رضيا بذلك، وذلك للأصل، بالإضافة إلى ما رواه المفيد في الاختصاص بسنده إلى أبي عبد الله وأبي جعفر (عليهما السلام) قالا: اجتمع رجلان يتغديان مع واحد ثلاثة أرغفة ومع واحد خمسة أرغفة، قال فمر بهما رجل فقال: السلام عليكما، قالا: وعليك السلام، الغداء رحمك الله، قال: فقعد وأكل معهما، فلما فرغ قام وطرح إليهما ثمانية دراهم، فقال: هذه عوض لكما بما أكلت من طعامكما، قال: فتنازعا بها، فقال صاحب الثلاثة: النصف لي والنصف لك، وقال صاحب الخمسة: لي خمسة بقدر خمسي، ولك ثلاثة بقدر ثلاثتك، فأبيا وتنازعا بها حتى ارتفعا إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) فاقتصا عليه القصة، فقال: «إن هذا الأمر الذي انتما فيه دنيء لا ينبغي أن ترفعا فيه إلى حكم».

ثم أقبل علي (عليه السلام) إلى صاحب الثلاثة فقال: «أرى أن صاحبك قد عرض عليك أن يعطيك ثلاثة وخبزه أكثر من خبزك فأرض به»، فقال: لا والله يا أمير المؤمنين لا أرضى إلاّ بمر الحق، قال: «فإنما لك في مر الحق درهم فخذ درهماً وأعطه سبعة»، فقال: سبحان الله يا أمير المؤمنين عرض علي ثلاثة فأبيت وآخذ واحداً، فقال: «عرض ثلاثة للصلح فحلفت أن لا ترضى إلاّ بمر الحق، وإنما لك بمر الحق درهم»، قال: فأوقفني على هذا، قال (عليه السلام): «ألست تعلم أن ثلاثتك تسعة أثلاث»، قال: بلى، قال: «أو لست تعلم أن خمسته خمسة عشر أثلاث»، قال: «فذلك أربعة وعشرون ثلثا، أكلت أنت ثمانية وأكل الضيف ثمانية وأكل هو ثمانية، فبقي من تسعتك واحد أكلها الضيف وبقي من خمسة عشرته سبعة أكلها الضيف، فله بالسبعة سبعة ولك بالواحد الذي أكل الضيف واحد»[1].

فإن الإمام (عليه الصلاة والسلام) مع علمه بأن الحق كيف، حبذ إليهما الصلح، ولعل ذلك من جهة أن الحق أصعب من الصلح، حيث بالصلح يتراضيان، أما بالحق يرى من له الأقل أنه أقل نصيباً مما يثيره ضد صاحبه، كما قال سبحانه: **﴿أَمْ يَحْسُدُونَ النَّاسَ عَلى ما آتاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾**[2]، **فإن** غير المتدين غالباً لا يرضى بالحق الذي هو أقل مما يتصوره أو مما يريده كما هو واضح، فالصلح فيه فضيلة عدم الإثارة بالنفوس.

وكذلك في سائر أبواب المحاسبات يصح للحاكم الصلح بينهم، كما يصح إيقافهم على الحق وإعطاء كل واحد حقه، كما ورد في قصة النوق السبعة عشر مع ثلاثة ملاك، كان أحدهم يريد نصفها والآخر ثلثها والثالث سدسها،

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٩ الباب ٦ من أبواب الصلح ح١.

(٢) النساء: آية ٥٤.

حيث إن الإمام (عليه الصلاة والسلام) أعطى من يريد النصف تسعة، ومن يريد الثلث ستة، ومن يريد السدس ثلاثة فزعم كل واحد منهم أنه أعطاه أكثر، بينما الإمام (عليه الصلاة والسلام) لم يعط كل واحد إلاّ بقدر حقه، وذلك بأن جعل ناقته مع تلك فصارت ثماني عشرة في قصة مشهورة.

ولا يخفى أنه يمكن معرفة المحاسبات في المسائل التي ذكرناها بسبب حساب الخطأين كما يمكن معرفتها بالأربعة المتناسبة على ما ذكره الشيخ البهائي (رحمه الله) في الخلاصة، وغيره في غيرها.

(مسألة ٨): قال في الشرائع: وإذا بان أحد العوضين مستحقاً بطل الصلح.

أقول: من غير فرق في ذلك بين أن يظهر كونه غير قابل للملك كالخمر والخنزير على تفصيل ذكرنا فيهما في بعض المباحث السابقة، أو كان قابلاً للملك لكن كان للغير ولم يرض ذلك الغير بالصلح.

أما إذا رضي ذلك الغير بالصلح كان كالفضولي الذي يجاز فلا حق للطرف الآخر في فسخ الصلح، إذ الصلح لازم، وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما كلياً، وإنما أعطى من باب المصداق لم يوجب فساد المصداق فساد أصل الصلح، وإنما على الذي أعطى الفاسد أن يبدله بشيء آخر.

قال في الجواهر في شرح العبارة المتقدمة: (بلا خلاف ولا إشكال ضرورة أنهما من أركان هذا الصلح الذي قد وقعا فيه، وإن لم نقل إنه يعتبر في الصلح العوض لقيامه مقام الهبة والعارية إلاّ أن الحكم بصحته منهما هنا غير ما قصدا فيه، فالمقصود حينئذ لم يصح بالفرض، والذي فرض صحته غير مقصود) انتهى.

ويريد بذلك أنه غير داخل في كلي ﴿أوفوا بالعقود﴾[1]، لأن ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع، والذي ذكرناه هو دليل هذه القاعدة المحكية عن غير واحد من الفقهاء، وإلا فلم نجد بذلك رواية.

لا يقال: فكيف لا يبطل النكاح بسبب فساد المهر.

لأنه يقال: المهر ليس بركن، وإنما الركنان هما الرجل والمرأة.

نعم إذا كان العقد مقيداً بالمهر كان دليل الصحة مع فساد المهر النصوص الخاصة، وإلا فمقتضى القاعدة لولا النصوص الفساد، لأنه يأتي هنا أيضاً عدم

(١) المائدة: آية ١.

كونه عقدهم، فالمقصود لم يقع والواقع لم يقصد، كما أن المهر إذا كان جزءاً أو شرطاً كان مقتضى القاعدة مع فساده خيار تبعض الصفقة أو خيار تخلف الشرط، لكن في النكاح لا يدخل الخيار إلاّ في موارد خاصة حسب النصوص الخاصة، فلا يقاس مقام الصلح بمقام النكاح مما فيه نص خاص.

ولذا قال في الجواهر: (لا يقاس ما هنا على المهر في النكاح الذي فساده فيه لا يقتضي فساد العقد، باعتبار كونه ليس من الأركان فيه، بل يرجع إلى مهر المثل، لمنع القياس أولاً، ولعدم عوض مقرر شرعاً هنا كمهر المثل يرجع إليه عند فرض عدم المهر ثانياً، ولكون المهر في عقد النكاح بعد أن دل الدليل على عدم فساد العقد بفساده صار كالملتزم المستقل عند العقد بالنسبة إلى حكم المزبور بخلاف المقام الذي لا دليل فيه كذلك، وإن ثبت وقوع الصلح بلا عوض كما هو واضح) انتهى.

لكن لا يخفى ما في الوجهين الأولين من جواب الجواهر من النظر، إذ بعد عموم دليل يشمل النكاح والصلح ليس الأمر من القياس حتى لا يقال به، ووجود عوض مقرر شرعاً كمهر المثل في النكاح دون المقام لا يوجب أن يكون العقد (عقدكم)، وإنما الفرق هو ما ذكره ثالثاً من الدليل الخاص في باب عقد النكاح.

ثم إن المسالك قال: (ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ، وفي تخييره بينه وبين الأرش وجه، ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان، أجودهما ذلك دفعاً للإضرار، وإن لم يحكم بالفرعية، وهو خيرة الدروس، وقد تقدم في خيار العيب من البيع أنه لا نص عليه بالخصوص فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الأدلة العامة) انتهى.

وما ذكره هو مقتضى القاعدة بالنسبة إلى العيب للأدلة العامة، والظاهر

أنه أيضاً مخير بينه وبين الأرش، وذلك لأن الشارع إنما أمضى الصلح العرفي، فيرجع في الموضوع إلى العرف، والعرف يرون التخيير بينه وبين الأرش، وكذلك بالنسبة إلى الغبن الذي لا يتسامح بمثله، واللازم تقييد ذلك بعدم التسامح في الصلح بمثله، لما عرفت سابقاً من أنه فرق بين الغبن الذي يتسامح في العرف بمثله بين البيع والصلح، وكذلك بالنسبة إلى الغرر كما تقدم ذلك في الفرق بين الغرر البيعي والغرر الصلحي.

ومن ذلك يعرف وجه ما ذكره الجواهر من قوله: (مما تقدم يعلم ثبوت كل خيار في البيع في الصلح، إذا كان دليله قاعدة نفي الضرر أو غيرها مما يصلح لتناول الصلح، كخيار الغبن الذي قد صرح بثبوته هنا غير واحد لتخلف الوصف وعدم الوفاء بالشرط واشتراط الخيار ونحو ذلك، بخلاف ما اختص دليله بالبيع كخيار المجلس والحيوان ونحوهما، بناءً على عدم فرعية الصلح للبيع) انتهى.

نعم ما ذكره الجواهر من أن (في تخييره في باب العيب بين الفسخ وبين الأرش إشكالاً أقواه العدم لحرمة القياس بعد اختصاص الدليل بالبيع الذي لا يدخل فيه الصلح على الأصح، ودعوى أن ثبوته أيضاً من قاعدة نفي الضرر كالخيار واضحة المنع ضرورة أنها لا تقتضي إلا عدم اللزوم المترتب عليه الضرر)، انتهى.

فيه نظر، لا من جهة إثبات التخيير بقاعدة نفي الضرر، بل لما عرفت من العرفية بعد تصحيح الشارع للصلح من غير تقييد مما يرجع فيه إلى العرف.

ثم إن مقتضى القاعدة أنه إذا تلف المصالح عنه قبل القبض، فهو ممن انتقل المال إليه، أما دليل التلف قبل القبض فهو من مال مالكه، فهو خاص بالبيع، فلا

يأتي هنا ذلك الدليل، لما قد عرفت من أن الصلح ليس فرعاً، وإنما هو أصل برأسه، فمقتضى القاعدة أن يحكم فيه حسب القواعد الأولية، بل في باب البيع كذلك أيضاً القاعدة الأولية تدل على أن التلف من مال المنتقل إليه لا المنتقل عنه لولا الدليل الخاص.

وقد عرفت أنه يدخل فيه أيضاً خيار تبعض الصفقة، كما أنه إذا صالح مشاعاً فتبين أنه قد تلف بعضه أو كان للغير قبل الصلح فيدخل فيه أيضاً خيار تبعض الصفقة، أما إذا كان على نحو الكلي في المعين وقد تبين أنه قد تلف قبل الصلح، فإن الصلح لا يتضرر بذلك بعد أن بقي من الشيء الكلي بمقدار العين التي صولح عليها، فالكلي في المعين حاله حال الكلي في الذمة من هذه الجهة في هذه الصورة.

وكما يصح جعل خيار الشرط لنفس المصالح كذلك يجوز جعله للأجنبي، أو هما مشتركاً، لإطلاق أدلة خيار الشرط.

ولو أخذ العين المصالح وأتلفها ثم تبين أنه كان بها عيب يستحق الإرجاع وفسخ الصلح كان له الفسخ والرجوع إلى عينه وإعطاء القيمة كما ذكر مثله في باب البيع.

ثم قال في الجواهر: (ولا فرق عندنا بين القصاص وغيره في الحكم بالبطلان مع علم المصالح بفساد العوض، خلافاً لبعض العامة فأسقط القصاص به، وهو كما ترى مقتضى لترتب الأثر على الفاسد) انتهى.

وهو كما ذكره الجواهر.

ولو جهل الحق فتصالحا على شرط أن يبقى الحق مجهولاً فتبين الحق كان لهما خيار الفسخ بسبب الشرط، نعم إذا لم يفسخ من له الشرط بقي الصلح على حاله، لأن خيار الشرط لا يوجب الإلزام إلاّ إذا كان هناك ولي يجب عليه أن يعمل بالمصلحة وفرض

كون المصلحة في الفسخ، فإنه ملزم بالفسخ لئلا يضيع حق الصغير أو القاصر أو الغائب فيما إذا صالح الحاكم الشرعي، إلى غيرهم من الأولياء.

ثم إن الشرائع قال: (ويصح الصلح على عين بعين أو منفعة، وعلى منفعة بعين أو منفعة).

أقول: وكذلك يصح أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما حقاً، وذلك لما ذكره الجواهر وغيره للعمومات المقتضية لذلك ولغيره، ويكون الصلح عن الحق إسقاطاً أو نقلاً كحق الخيار وحق التحجير وحق الشفعة وحق السبق وغيرها، والظاهر أنها تقتضي صحة الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز إسقاطه أو نقله شرعاً، ولذلك أفراد كثيرة كحق السبق والوقوف وحق القذف والغيبة وحق الرجوع في الطلاق في البذل وغير ذلك.

أما أن الحق ما هو، وفي أين هو، وهل هو حق يصح صلحه وإسقاطه وبيعه، أو حكم لا يسقط، فالمرجع في كل ذلك إلى العرف، كما ذكرنا شيئاً من تفصيل ذلك في كتاب الإرث في إرث الحقوق، فإذا شككنا في أن الحق هل هو قابل للإسقاط أم لا، أو هل هو قابل للنقل أو لا، كان المرجع العرف في أنهم يرونه قابلاً للإسقاط أو للنقل أم لا.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: (نعم الظاهر في كثير من الحقوق صحة الصلح لإسقاطها لا نقلها، بل لو شك فيه أمكن القول بعدم مشروعيته بعمومات الصلح) انتهى.

كما يعلم أن الحق لا يلزم أن يكون ملكاً، بل ملك أن يملك، مثلاً له الحق في تزويج هذه المرأة، أو في السبق إلى هذا المكان، أو في اصطياد السمك، ويريد غريمه أن يعمل هذا العمل فيصالحه على أن يرفع اليد عن ذلك، فلا

يخطب الفتاة، ولا يسبق إلى ذلك المكان، ولا يلقي شبكته في البحر ليصيد، إذ الحق قد يكون ملكاً فعلياً، وقد يكون ملك أن يملك.

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح، وإن لم يكن ثم قبض في المجلس، لما عرفت من عدم كون الصلح فرعاً للبيع عندنا، وأنه لا يعتبر فيه ما يعتبر في بيع الصرف على الأشبه بأصول المذهب وقواعده، وكذا لو قام مقام بيع السلم لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس، إلى غير ذلك من الأحكام المختصة بالبيع حتى الرباء، بناءً على أنه منها) انتهى.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو صالح على عين بأخرى في الربويات، ففي إلحاقه بالبيع نظر): كما في التذكرة، ومنشأ النظر في الكتابين من إمكان اختصاص الربا بالبيع، لأنه المتبادر من الإطلاق، وكذا القرض، ويبقى غيرهما على أصل الإباحة مؤيداً بظواهر الآيات والأخبار الدالة على حصول الإباحة بالتراضي وعلى حصر المحرمات، وليس هذا منها، وأن «الناس مسلطون على أموالهم»[1] خرج البيع والقرض وبقي الباقي، ومن أن ظاهر قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبا﴾[2] يقتضي تحريم الزيادة في المتماثلين في كل المعاوضات.

وقول الصادق (عليه السلام) لعبد الرحمن بن الحجاج، لما سأله أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير: «لا يجوز إلا مثلاً بمثل»[3]. وترك الاستفصال دليل العموم.

وقوله (عليه السلام) أيضاً في صحيحة الحلبي: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل ليس في زيادة ولا

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢.

(٢) البقرة: آية ٢٧٥.

(٣) الوسائل: ج١٢ ص٤٣٨ الباب ٨ من أبواب الربا ح٢.

نقصان الزائد والمستزيد في النار»[1].

ثم قال: (والقائل بالجواز المصنف في الإرشاد والكتاب وصلح المختلف وظاهر من الشرائع وصلح التحرير في مواضع وجامع المقاصد، وهو ظاهر كل من فسره بأنه شرعاً بيع أحد المتماثلين بالآخر مع شرائط أخر حيث أخذوا في تعريفه البيع دون المعاملة.

وأما القول الثاني وهو أنه ثابت في كل معاوضة من صلح وغيره، فهو خيرة الأكثر، كما في آيات الأردبيلي المسماة بمجمع البرهان في فقه القرآن، وهو المحكي عن السيد والشيخ والقاضي وابن المتوج وصريح الإيضاح والدروس والمهذب البارع والمقتصر وإيضاح النافع والروضة والمسالك والشرائع في باب الغصب، وفي جامع المقاصد أن فيه قوة وتمسكاً بجانب الاحتياط، وجزم به في باب الربا.

وأما الشيخ والقاضي فإن صح ما حكي عنهما من جعله بيعاً أو فرعاً له فلا إشكال في تحريم الزيادة عندهما) انتهى.

لكن الظاهر كما ذكرناه في باب الربا عدم دخول الربا في مثل هذه الأمور إذا كان الأمر عقلائياً يشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾، إذ لا دليل على الدخول، وما ذكر من أدلة الدخول ضعيف سنداً أو دلالةً، وحيث إن تفصيل الكلام في هذا البحث في باب الربا نتركه لهناك.

نعم إذا قلنا بدخول الربا هنا، كان متوقفاً على وجود شرط الربا، فكما لا ربا بين الوالد والولد، وبين الكافر والمسلم، إلى غير ذلك، كذلك لا يكون محذور في الصلح الربوي هنا أيضاً، وكذلك إذا كان أحد الطرفين في الصلح معدوداً، حيث يشترط في الربا كونه مكيلاً أو موزوناً، وقد ذكرنا في باب الربا وجه اشتراط الشارع الكيل والوزن دون العدّ.

(١) الوسائل: ج١٢ ص٤٥٦ الباب ٩ من أبواب الصرف ح١.

(مسألة ٩): قال في الشرائع: (ولو أتلف على رجل ثوباً قيمته درهم فصالحه عنه على درهمين صح على الأشبه، لأن الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم) انتهى.

أقول: بل وحتى إذا قيل إن الصلح وقع عن الدرهم أيضاً لا بأس به، لما عرفت فيما تقدم من أن الصلح لا دليل على دخول الربا فيه، وإنما الربا خاص بالبيع، وليس الصلح فرعاً، نعم عند من يرى الصلح فرعاً أو يرى دخول الربا في كل معاملة لا يصح هذا.

ومنه يعلم أن ما ذكره المسالك تبعاً للدروس وجامع المقاصد من أنه يتوقف على كون الثابت في الذمة العين أو المثل، غير ظاهر، قال: (هذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله، ويكون الثابت في الذمة ثوباً، ويكون هو متعلق الصلح، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمة المتلف إنما هو الدرهم، فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل وهو الأقوى، بل في الدروس إنه لذلك أبطله في الخلاف والمبسوط) انتهى كلام المسالك.

أما إشكال الجواهر عليه بقوله: (وفيه إن المعلوم من مذهب المصنف ضمان القيمي بقيمته لا بمثله الذي هو مذهب النادر، وليس ما في كلام المصنف والفاضل بل المشهور كما سمعت مبنياً على ذلك، بل هو إما لأن الثابت القيمي في الذمة نفسه كما هو مقتضى قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت»[1]، وقوله (عليه السلام): «من أتلف»[2] إلى آخره.

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٨ الباب ١٠ ح١.

وإن كان الواجب دفع القيمة عنه عوضاً شرعياً لعدم إمكان أداء نفسه وعدم معرفة القيمة له حتى يكون أقرب من القيمة، فالصلح حينئذ إذا وقع يقع عنه لا عن قيمته، وليس هذا قولاً بكون القيمي يضمن بمثله الذي هو معنى وجوب تأدية المثل التسامحي عرفاً، أو لأنه وإن قلنا بكون الثالث في الذمة قيمته إلاّ أنها غير متعينة في خصوص الدراهم، وإن كان لو أديت منها كانت قيمته درهماً، ومن الدينار كذا، ومنهما كذا، وهذا لا يقضي بكون الثابت في الذمة الدرهم بخصوصه كي يستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا، لكون الصلح فرع البيع، أو لأن الربا يعم المعاوضات أجمع، فيكون المراد من الثوب في المتن قيمته حينئذ، ولعل غرض المصنف والفاضل وغيرهما ممن تعرض لهذه المسألة التعريض بما سمعته من الخلاف والمبسوط، نعم قد يقال بعدم الصحة على هذا الوجه لو فرض أن النقد الغالب من جنس ما صالح به، بناءً على كونه حينئذ هو الثابت، بخلاف ما إذا تعدد الجنس واستويا بأن كان دراهم ودنانير) انتهى.

ففيه مواضع للتأمل، إذ مراد المسالك وغيره بضمان القيمي بمثله أعم من العين أو المثل، بقرينة أنهم في صدد أن لا يكون ضمان القيمي بالقيمة حتى يكون ربا فليس المراد بالمثل خصوص المثل في مقابل العين، والظاهر من الأدلة والعرف هو أن الثابت في الذمة نفس الشيء، فليس ثبوت ضمان ما يسمى بالقيمي بالقيمة هو كونه مضموناً بها فيكون الضمان بالنفس، لكن حين لا يتمكن وقت الأداء من الأداء بنفسه فاللازم عليه حينه إعطاء قيمة الثابت في الذمة، كما رجحناه في ضمان القيمي في كتاب الغصب.

بل وهذا هو ما يراه العرف حيث يقول: اطلب من فلان جوهراً كذا أو حيواناً

كذا أو ما أشبه، والمثل إنما يجب في المثل لأن المثل أقرب، وإلاّ فما تعلق بالذمة في المثلي أيضاً هو العين لا المثل، فإن العرف يرون في باب الضمانات خمسة أمور:

العين أولاً إذا كان موجوداً.

ثم المثل ثانياً.

ثم الأقرب إلى المثل كالبيض والجوز، والخبز الأصغر والأكبر في الجملة، كما ورد في باب القرض ثالثاً.

والقيمة المجردة رابعاً.

القيمة في ضمن شيء آخر إذا لم يتمكن من القيمة المجردة مثل إعطاء السكر بدل الشاي مثلاً خامساً.

فقول المسالك هو مقتضى القاعدة.

أما الاحتمال الثاني في الجواهر بقوله: (أو لأنه وإن قلنا بكون الثابت في الذمة قيمته) إلى آخره، فإنه بعيد عن ظاهر كلام المحقق، حيث قال: (لأن الصلح وقع عن الثوب)، وأبعد منه احتماله الثالث بقوله: (أو لأن الربا يعم المعاوضات أجمع فيكون المراد من الثوب في المتن قيمته حينئذ).

(مسألة ١٠): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو ادعى داراً فأنكر من هي في يده ثم صالحه المنكر عن إسقاط دعواه على سكنى سنة مثلاً صح، بلا خلاف ولا إشكال عندنا، ولم يكن لأحدهما الرجوع عن ذلك، لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلة اللازمة، وكذا لو أقر له المدعي بالدار ثم صالح المنكر المدعي المقر على سكنى سنة، أو أن المراد أقر من هي في يده ثم صالحه المقر له على سكنى المقر سنة) انتهى.

وحيث قد تقدم أن الصلح يعطي فائدة كل عقد من العقود، بل وكذلك مثل فائدة الإبراء ونحوه، لا يأتي احتمال أنه كيف يمكن الصلح إذا أقر ساكن الدار على أنها للمدعي، بتوهم أنه يلزم أن يكون للصلح طرفان، وذلك لأن الصلح في المقام إنما يعطي فائدة العارية أو الهبة.

وكأنه لدفع هذا التوهم قال في الجواهر: وعلى كل حال، فهو صحيح بناءً على عدم اعتبار العوض في صحته، بل ولازم بناءً على ما سمعت من كونه عقداً مستقلاً برأسه مندرج تحت ﴿أوفوا بالعقود﴾ وغيره من الأدلة.

ومما تقدم يعرف وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال: إنما الكلام في صحة هذا الصلح بسبب عدم اشتماله على العوض، وكذا الصلح القائم مقام الهبة، كما لو قال: صالحتك عن هذه الدار، فيقول الآخر: قبلت، نحو قوله في القائم مقام العارية: صالحتك عن منفعة هذه الدار سنة مثلاً، فيقول الآخر: قبلت، فيصح صلحاً لازماً وهكذا، فإن ما في الدروس صريح في التردد فيه، بل صرح الفاضل في غير واحد من كتبه أن من أركانه المصالح منه والمصالح به، بل في موضع من التذكرة أنه معاوضة إجماعاً، بل أرسله الكركي وغيره إرسال المسلّمات، فإن قيل عليه إن الصلح إذا

وقع موقع الإبراء كما لو صالحه من الحق على بعضه، فإنه صحيح لعموم شرعية الصلح، وليس فيه عوضاً، قلنا: يكفي في المغايرة الجزئية والكلية، بل ربما كان في قوله تعالى: ﴿ولا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُم بِالْباطِلِ إلاّ أن تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾[1] إشعار به بناءً على إرادة المعاوضة من التجارة، وإن كان فيه ما فيه، كما أن في الاكتفاء بالجزئية والكلية في تحقق المعاوضة ما لا يخفى، وإلا لكفت في غير الصلح من عقودها على أنه لا يتم في القائم مقام العارية كما في نحو المقام) إلى آخر كلامه.

فإن مقتضى كلماتهم كما هو مقتضى إطلاق الصلح في الأدلة على ما عرّفنا الصلح في أول الكتاب أنه يقوم مقام كل العقود والإيقاعات التي لا دليل على اختصاصها بصيغة خاصة، كالنكاح والطلاق حيث لا يمكنان بسبب الصلح.

أما الإبراء والعارية والهبة وغيرها فكلها صحيحة بالصلح، كصحة المعاوضات مثل المضاربة والمزارعة والمساقاة والجعالة والهبة المعوضة والبيع والشراء والرهن وغير ذلك، وكلماتهم وإن لم تدل بعضها على ذلك كما في بعض العبارات التي تقدمت من الفاضل وغيره، إلاّ أن بعضها الآخر صريح في صحة ذلك، وقد عرفت في كلام الجواهر عدم إمكان التمسك بمثل ﴿لا تأكلوا﴾ أو بالكلية والجزئية للإشكال أو للتصحيح، وفي الروايات ورد شبه ذلك.

فعن أبي جعفر وأبي عبد الله (عليهما الصلاة والسلام) أنهما قالا في الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقدني من الذي لي كذا وكذا وأضع لك بقيته، أو يقول: أنقدني بعضاً وأمد لك في الأجل فيما بقي عليك، قال: «لا أرى به بأساً ما لم يزدد على رأس ماله شيئاً، يقول

(١) النساء: آية ٢٩.

الله: ﴿لَكُمْ رُؤُسُ أَمْوالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ﴾[1]» [2].

وعن أبان، عمن حدثه، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الأجل: عجل لي النصف من حقي على أن أضع عنك النصف، أيحل ذلك لواحد منهما، قال (عليه الصلاة والسلام): «نعم»[3].

وعن دعائم الإسلام، عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) أنه سئل عن الرجل يكون له على الرجل الدين إلى أجل فيأتي غريمه فيقول: عجل لي كذا وكذا وأضع عنك بقيته أو أمد لك في الأجل، قال: «لا بأس به إن هو لم يزد على رأس ماله»[4].

وعن ابن أبي جمهور في درر اللئالي، عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال لكعب بن مالك وقد تقاضا غريماً له: «اترك الشطر وأتبعه ببقيته فخذه»[5].

بل قد عرفت أن الصلح أمر عرفي قرره الشارع، وحيث إن العرف يرون صحة الصلح كذلك كان مقتضى القاعدة أن الحكم الشرعي أيضاً على صحة مثل هذا الصلح، بل هو الظاهر من العلامة وغيره، فقد قال في القواعد: فإن ألحقنا الصلح بالمعاملات الأخر فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسمائة حالة.

وفي مفتاح الكرامة: (أي إن ألحقنا الصلح بالبيع في تحريم الربا فسد هذا الصلح المذكور، كما ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد، لكنه نص على صحة هذا الصلح في التحرير، وهو قضية كلام المختلف وأبي علي وفي

(١) المستدرك: ج٢ ص١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح٢.

(٢) البقرة: آية ٢٧٩.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٦٨ الباب ٧ من أبواب الصلح ح٢.

(٤) المستدرك: ج٢ ص١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح٢.

(٥) المستدرك: ج٢ ص١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح٣.

الدروس نسبته إلى إطلاق الأصحاب وجزم في المبسوط بفساد المعاملة على الدراهم ببعضها مطلقاً)، انتهى.

أقول: وحيث إن العلامة لا يرى الفرعية لما تقدم، وكذلك المشهور، فمقتضى القاعدة صحة مثل هذا الصلح، وأي فرق بين مثل هذا الصلح وبين ما ذكره المحقق.

وما في الدروس: إذا صالح على المؤجل بإسقاط بعضه حالاً صح إذا كان بغير جنسه، وأطلق الأصحاب الجواز، إما لأن الصلح ليس معاوضة، أو لأن الربا مختص بالبيع، أو لأن النقيصة في مقابلة الحلول، فقد عرفت فيما سبق أنه لا فرق بين الصلح بالجنس وبغير الجنس.

ومنه يعلم أن قول الدروس أيضاً في الإشكال في مثل ذلك إلاّ أن يكون من باب الإبراء غير ظاهر، قال فيما حكي عنه: لو صالح عن الربوي بنقيصة من جنسه روعي أحكام الربا لأنها عامة في المعاوضات على الأقوى إلاّ أن تقول الصلح هنا ليس معاوضة، بل هو في معنى الإبراء وهو الأصح، لأن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) قال لكعب بن مالك: لما تقاضى ابن أبي حديد ديناً كان له في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله (صلى الله عليه وآله) فخرج إليهما فنادى: «يا كعب»، قال: لبيك، قال: فأشار إليه أن ضع الشطر من دَينك وأتبعه بالباقي، قال: قد فعلت أترك الشطر وأتبعه ببقيته[١].

وروي ذلك عن الصادق (عليه السلام)[٢].

وينبغي أن تكون صورته: صالحتك على ألف بخمسمائة، فلو قال: بهذه الخمسمائة ظهرت المعاوضة، والأقوى جوازه أيضاً لاشتراكهما في الغاية، انتهى.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح٢.

(٢) المستدرك: ج٢ ص١٩٩ الباب ٤ من أبواب الصلح ح١.

فإن الدروس يرى أن الصلح أصل برأسه، فكيف يقول: إنه ليس معاوضة بل في معنى الإبراء، وقد عرفت فيما سبق أن دخول الربا في كل المعاوضات غير ظاهر.

ثم إن الفرق بين الصلح والإبراء هو ما ذكره في الجواهر تبعاً للدروس، من الافتقار في الصلح إلى قبول الغريم، وإن لم يشترط في الإبراء.

ولا يخفى أن كل واحد من الإبراء والصلح له أثره، فإذا كان إبراءً لم يكن له الرجوع، بخلاف ما إذا كان صلحاً فلهما الإقالة أو جعل الخيار والفسخ بعد جعل الخيار أو ما أشبه ذلك، لأن لكل معاملة من عقد أو إيقاع أثره الخاص، والظاهر أن العفو والإسقاط والإبراء كلها شيء واحد هو الإيقاع، وإن كان الاعتبار مختلفاً، فالعفو أخذ بملاحظة العافي، والإسقاط أخذ بملاحظة المال، والإبراء أخذ بملاحظة المعفو عنه.

ثم إن مقتضى القاعدة هو صحة ما أشكل فيه في القواعد قال: (ولو صالح من ألف بخمسمائة مؤجلة فهو إبراء على إشكال ويلزم التأجيل) انتهى.

وذلك لما عرفت من صحة الصلح فهو إبراء لخمسمائة وتأجيل لخمسمائة، وحيث إن الدواعي مختلفة، ومن الدواعي العقلائية ينشأ مثل ذلك لم يكن به بأس، وهذا الذي في القواعد هو الذي حكاه مفتاح الكرامة عن التذكرة أيضاً، قال: وفي جامع المقاصد: إن الذي يقتضيه النظر البطلان، للزوم الربا المحرم.

وفي التحرير: إن الوجه الصحة وهو قضية كلام المختلف، وفي الإيضاح: الأصح أنه معاوضة لمخالفة الحال والمؤجل والزائد والناقص، ومعناه أن المغايرة بين العوضين ثابتة، وأن أحدهما وقع في مقابلة الآخر، فتكون معاوضة

ويجيء فيها احتمال الربا وعدمه، واحتمل في الإيضاح الإبراء، وبه جزم في الدروس، لأنه ليس إسقاط بعض ما في الذمة وتأجيل الباقي، والرواية النبوية إن كانت مما يستدل به فليستدل بها هنا، إلى آخر كلامه.

أما جعل جامع المقاصد: إن الذي يقتضيه النظر هو البطلان للزوم الربا، فقد عرفت سابقاً ما فيه، وعن الدروس أنه لو صالحه على ألف مؤجلة بألف حالاً احتمل البطلان، لأنه في معنى إسقاط الأجل وهو لا يسقط بإسقاطه، نعم لو دفعه إليه وتراضيا جاز، وكذا لو صالح عن الحال بالمؤجل بطل زاد في العوض أو لا، إذ لا يجوز تأجيل الحال، قال: والفاضل حكم بسقوط الأجل في الأولى وثبوته في الثانية عملاً بالصلح اللازم، انتهى.

وفيه: ما تقدم من أن الصلح أصل برأسه، فلا يجري فيه الربا.

ولعله لذا قال في مفتاح الكرامة: (لا ريب أنه لا يجوز بيع درهم حالا بدرهم مؤجلاً ولو يوماً أو أقل حيث يقدر، فيلزم القائلين بجريان الربا في الصلح منع المثالين، وما باله في جامع المقاصد لم يستغرب من المصنف قوله: إنه إبراء على إشكال، مع أنه سلف له أنه أصل برأسه، كما استغرب نحو ذلك من ولده آنفاً) انتهى.

ومن ذلك يعرف وجه صحة الصور الأربع: من الزيادة أو النقيصة، مع التأجيل أو التعجيل.

لا يقال: فإذا صح الصلح المثمر ثمرة الربا أكل كل إنسان الربا باسم الصلح، وهو عين فساد المال الذي علل حرمة الربا في الروايات به.

لأنه يقال: ينتقض الإشكال أولاً: بأن يبرأ ويهب كل اثنين يريدان الصلح، مع أن أحداً لا يقول ببطلان الإبراء والهبة.

كما يحل ثانياً: بأن العقلاء لا يقدمون على الصلح في كل مكان، فليس الصلح إلاّ نادراً، بخلاف البيع ونحوه، وحكم

النادر ليس كحكم المتعارف، ولذا لا يقال: إن عفو الله عن المذنب يوجب سقوط فائدة الأحكام باتكال المذنبين على عفو الله سبحانه فيذنبون، وكم له من أمثلة عرفية عقلائية وشرعية.

وكيف كان، ففي الجواهر: (لو ظهر استحقاق العوض أو تعيبه فرده، فالأقرب أن الأجل بحاله) انتهى.

وهو كما ذكره، وكذلك فيما إذا كان تزلزل من غير ناحية الاستحقاق أو التعيب فحصل الرد، فإن الأجل يرجع، إذ بفسخ الصلح إقالة وغير إقالة يكون الأمر كقبل الصلح.

ثم قال: (ولو ادعى على الميت ولا بينة فصالح الوصي تبع المصلحة، وما عن ابن الجنيد من إطلاق المنع، في غير محله) انتهى.

وهو كذلك، إذ للوصي الصلح مع المصلحة، كما أن لولي الصغير والمجنون ومن أشبه ذلك، وهكذا الحال في الادعاء على الموكل ومصالحة الوكيل.

وقد ظهر مما تقدم أنه يصح أن يصالح عن الحال غير المؤجل أو بالعكس، بزيادة أو نقيضة أو تساو، كما يجوز إبراء الطالب عن بعض الدين، ويجوز هبة المطلوب شيئاً زائداً، كل ذلك بشرط التقديم أو التأخير أو بلا شرط، والظاهر دخول الشرط في الإبراء أيضاً، لإطلاق دليله، فلو لم يف حق له الفسخ، كما يجوز تقسيط الحال أو المؤجل في أقساط، وهكذا يصح كل ذلك بشرط مكان خاص أو سائر الشروط غير المنافية للكتاب والسنة ومقتضى العقد.

ولو تحول الشرط إلى القيد فانفقد بطل، كما هو مقتضى القاعدة، أما مع فقد الشرط فللشارط الخيار، وقد ذكرنا تفصيل الفرق بين القيد والشرط في باب الشروط في البيع.

(مسألة ١١): قال في القواعد: وليس طلب الصلح إقراراً، بخلاف بِعني أو ملّكني. وفي مفتاح الكرامة: كما صرح بذلك في التحرير والدروس وجامع المقاصد واللمعة الروضة، وفي التذكرة: إن طلب الصلح ليس بإقرار وأنه ظاهر عندنا، لأن الصلح يصح مع الإنكار والإقرار، فقد يراد به قطع الخصومة، وقد يراد به المعاوضة، وإذا احتملهما لا يحمل على الإقرار، ويتم ذلك في العارف بالحكم، انتهى.

وهو كما ذكروه، فإن الإنسان الذي يطلب الصلح قد يكون يعرف أن الحق له، وقد يكون يعرف أن الحق عليه، وقد يكون لا يعرف شيئاً من الأمرين، وقد يكون يعرف أن بعض الحق له دون بعض فيما هو قابل للتبعيض.

وكذلك إذا قال الأب لصهره: أصالحك على كذا على أن تطلق بنتي، فإنه ليس إقراراً بأنها زوجة له، إذ قد يكون أنه يرى أنها ليست زوجة، وحيث إن الصهر يصر على الزوجية يريد بالصلح قطع الخصومة، إلى غير ذلك من الأمثلة في الإرث وحق القذف وحق القصاص وغير ذلك.

ومنه يعرف أن ما عن بعض العامة من عدم صحة طلب الصلح مع الإنكار، ففرع عليه أن طلبه إقرار، لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح، وإنما تصح مع الإقرار فيكون مستلزماً له، غير تام، إذ قد عرفت أن الصلح يصح مع الإقرار ومع الإنكار، لإطلاق أدلته.

نعم عن التذكرة الإجماع على أن بِعني إقرار، وأن المخالف بعض الشافعية، وأنه لا خلاف بين العلماء في أن ملّكني إقرار، وقال: لو قال بِعنيها أو هبنيها، فالمشهور أنه إقرار، وفي معناه أجرني وأعرني وزوّجني الجارية لو كان التنازع فيها، وفي مفتاح الكرامة: معنى كونه إقراراً أنه إقرار لخصمه

بأنه ملكه لمكان نزاعه معه، وكونه تحت يده مثلاً غير معارض غير المقر، والأصل عدم مالك آخر، ولو خلي عن هذه القرائن لم يفد إلاّ كونه ملكاً لغير المقر في الجملة، وأما كونه ملكاً لمن طلب منه البيع ونحوه، ففيه نظر، لكونه أعم من كونه ملكه، إذ قد يكون وكيلاً فيرجع إلى كونه مالكاً للبيع لا للمبيع.

وهو كما ذكره، كما أنه قد يكون ولياً أو وصياً أو متولياً للوقف أو حاكماً أو وكيلاً عنه أو ما أشبه، فلا دليل في ملّكني ونحوه إلا على حق المخاطب في التمليك، أما أنه ملكه بشخصه فلا.

كما أنه إذا قال: زوّجني فلانة، أو ما أشبه، لم يكن ذلك إقراراً بأنه أب أو جد أو وكيل أو نحو ذلك، وإنما هو إقرار بأنه ولي في الجملة المحتمل لكل تلك الأمور.

كما أنه لو قال: أزوّجك فلانة لم يكن دليلاً إلا على الولاية عليها، أما أنه أب أو جد أو وكيل أو ولي أو حاكم أو نائب عنه أو نحو ذلك، فلا دلالة فيه على ذلك، وكذلك لو قال: أنت زوّجتني أو أنت ملكتني، أو أجرتني، أو أعرتني، أو أودعت عندي، أو نحو ذلك، وهكذا لو قال: صالحتك، فإنه لا دليل على أنه كان مالكاً، نعم يدل على أنه كان له الحق.

(مسألة ١٢): قال في الشرائع: (ولو ادعى اثنان داراً في يد ثالث بسبب موجب للشركة كالميراث، فصدق المدعى عليه أحدهما، وصالحه على ذلك النصف بعوض، فإن كان بإذن صاحبه صح الصلح في النصف أجمع، وكان العوض بينهما، وإن كان بغير إذنه صح في حقه وهو الربع، وبطل في حصة الشريك وهو الربع الآخر) انتهى.

وقال في المسالك في بيان وجه ذلك، وتبعه الجواهر: (إذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضياً للشركة، فإقرار المتشبث لأحدهما مقتض لتشاركهما فيما أقرّ به، وإن لم يصدقهما على السبب الذي ادعيا به، لأن مقتضى السبب كالميراث، وذلك لاتفاقهما على أن البعض كالكل نصفي ملكهما فيه، فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الآخر، كما أن الفائت يكون ذاهباً عليهما بمقتضى إقرارهما.

والحاصل: إن اشتراكهما في المقر به تثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة، لا من جهة الإقرار، فلا يؤثر فيه تخصيص المقر أحدهما بالملك، وحينئذ فإذا صالح المقر له المتشبت على النصف المقر به، فإن كان الصلح بإذن شريكه صح في جميعه بجميع العوض، وإلا ففي حصته المصالح خاصة بنسبتها من العوض، وبقي باقي النصف ملكاً للشريك الآخر، انتهى.

وقد نقل مفتاح الكرامة ذلك عن المبسوط والتذكرة والتحرير والإرشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية، وأنه في الأخير قال: إنه مشهور، وكأنه أشار بذلك إلى ما ذكره المسالك من الخلاف، وإلا فلا خلاف في ذلك.

لكن لا يخفى أن مرادهم بالفرع المذكور الحكم الظاهري لا الواقعي، إذ

الإقرار لا يثبت الواقع حتى على المقر، فإذا كان إقرارهما لاشتراكهما عن إرث مثلاً مخالفاً للواقع، فاللازم أن يعامل معاملة الواقع، سواء بالنسبة إلى أحد الشريكين أو بالنسبة إلى ثالث يعلم مثلاً كذبهما أو اشتباههما في الإقرار، كما أن العكس كذلك، بأن ادعيا أنهما يملكان هذا بالإرث، وهذا بالبيع مثلاً، فإن الحكم للواقع في عالم الثبوت، وإن كان في عالم الإثبات تابعاً لما يقولانه، فلا يصح للثالث اشتراء النصف من المصالح وهو يعلم أنهما شريكان بالإرث وما أشبه.

كما أن مرادهم بالاشتراك بالإرث إرث واحد، لا ما إذا كان إرثان، كما إذا كانت دار لزيد وعمرو مشتركة بينهما فماتا فورث كل واحد منهما وارثه، فإن ذلك ليس موجباً لأن يكون الصلح على الربع، إذ المدعيان لا يتفقان على كون سبب ملكهما مقتضياً لشركة الآخر.

ولعلهم لم يصرحوا بالتقييد لانصراف ما ذكروه إلى المورث الواحد، بل لعل ذلك صريح ما تقدم عن المسالك، وتبعه غير واحد من قوله: (إذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضياً للشركة)، فإن في المورثين سبب ملكهما لا يقتضي الشركة.

ومنه يعرف الحال فيما إذا اشترياه صفقة واحدة، أو اشترى كل واحد منهما باشتراء على حدة نصف الصفقة، إلى غير ذلك من الأسباب التي قد تكون سبباً واحداً، وقد تكون سببين مختلفين.

هذا، ولكن المحكي عن بعض العامة الخلاف في ذلك، وأنه لا يشاركه، لأن التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كل منهم قابضاً لحقه، وانقطع حقه عما في يد الآخر، ولهذا يجوز أن يطرأ الغصب على نصيب أحدهما خاصة بأن تزال يده، فالمغصوب لا يكون مشتركاً بينهما.

هذا، لكن لا يخفى ما في الفتوى المذكورة،

لأن الاستدلال المتقدم عنهم لها غير تام، للفرق بين أجزاء معاملة على النصف أو أخذ له، فإن المعاملة تقع على النصف، إذ لا محذور في جريان المعاملة عليه، لفرض أنه مالك للنصف فيصح له بيعه وصلحه وإجارته وغير ذلك، كما أنه إذا مات ورثه وارثه، وكذلك إذا أبرأ صح له الإبراء، وإذا كان عبداً وأعتق قدر حصته عتق النصف، وإذا استولى عليه غاصب كان غصباً لنصفه، إلى غير ذلك.

أما لو أعطى المتشبث أي جزء منه، ولو جزءاً من مائة جزء، كان كلاهما شريكاً فيه، إذ الإفراز يتوقف على رضا الشريكين، والفرض أنه لا رضا من الشريك المنكور حقه، ففرق بين أن يتسلم المقر له نصفه حيث إنهما شريكان، وبين أن يصالح عن نصفه، حيث إن بدل المصالحة يكون له وحده، كما أنه إذا باعه وأخذ الثمن كان كذلك، أو آجره وأخذ الأجرة، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومنه يعلم وجه النظر فيما تقدم عن بعض العامة من قياس المقام بما إذا حصلت في يد الورثة مثلاً، حيث إن الحصول في يد الورثة لا يشبه المقام، إذ قد عرفت أنه فرق بين المحتاج إلى الإفراز وبين غير المحتاج، فالمصالحة لا تحتاج إلى الإفراز، أما الحصول في يد الورثة فإنه يكون لكلا الشريكين، حيث إنه يحتاج إلى الإفراز، ففتواه في المصالحة وإن كانت صحيحة للقاعدة العامة التي عرفتها، إلاّ أن قياسه غير صحيح لاختلاف الحكم في المقامين، اللهم إلاّ أن يريد حصوله في يده بإفراز.

كما أنه علم من ذلك وجه النظر في كلام المسالك حيث قال ما حاصله: إن هذا لا يتم إلاّ على القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعة كالإقرار، وهم

لا يقولون به، بل يقولون بأنه مخصوص بنصف البائع والمصالح، بل إنما يترل على ذلك الإقرار، فلو أقر بالنصف للغير يكون إقراراً بربعه وربع شريكه، ووجهه أن البائع إنما يبيع مال نفسه، ولا يصح بيع مال الغير إلاّ فضولاً أو وكالةً، وكل منهما غير المتعارف، فينصرف إلى ماله بخلاف الإقرار، فإنه كالشهادة بأنه لفلان، وهو قد يكون في ماله وقد يكون في غير ماله، فينبغي أن يكون المصالح عليه إنما هو نصف المقر له فيكون العوض كله له.

هذا إذا قال له: صالحتك على النصف مطلقاً للفظ، أو على نصفي، وأما إذا قال له: صالحتك على النصف الذي أقررت به كان مترلاً على الإشاعة، لأنه تابع للإقرار المترل على ذلك، فيكون قول المصنف والجماعة متجهاً، ويمكن تتريله على ذلك لأن لا ينافي ما ذكروه من القاعدة، قال: وهذا توجيه حسن لم ينبه عليه أحد.

نعم قال الشهيد في بعض تحقيقاته: يحتمل انصراف الصلح إلى حصة المقر له، ويكون العوض كله له، وتبعه الشيخ علي (رحمه الله) وأطلقوا، انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إن الإقرار ليس معناه الإقرار بربع لهذا وبربع لذاك.

وثانياً: إن البيع كالإقرار كلاهما يقع على مال نفس البائع والمقر، وليس كإعطاء المتشبث حيث قد عرفت أن كل جزء من المعطَى ــ بالفتح ــ يكون لكليهما على نحو الاشتراك.

وثالثاً: إن الكلام في مقام الثبوت لا الإثبات، فإدخاله الانصراف في المقام، غير ظاهر الوجه.

ورابعاً: إن فرقه بين صالحتك على النصف وبين صالحتك على النصف الذي أقررت به، لم يعلم وجهه، لأنه إذا كان المقام من الانصراف، فالانصراف

في كليهما حاصل، وإن كان المقام من عالم الثبوت كما ذكرناه، فاللازم عدم الفرق بين الأمرين.

أما إيراد مفتاح الكرامة على كلام المسالك، حيث قال: فيه نظر من وجوه:

الأول: إن هذه القاعدة في البيع، والإقرار ليست مسلمة عند الكل، أما البيع فقد تقدم في بابه أنه لو باع مالك النصف النصف أنه يحتمل الحمل على الإشاعة كما في نهاية الأحكام والكتاب والإيضاح وغيرها، ووجهوه بأن البيع صالح لملكه وملك غيره ولهذا يقبل التقييد بكل منهما، ولفظ النصف إذا أطلق يحمل على الإشاعة و لم يجعل الشارع صحة التصرف قرينة في المجازات والمشتركات، مضافاً إلى ما حكاه هو عن الشهيد والشيخ علي (رحمهما الله تعالى). وأما الإقرار ففي التحرير أن الأقرب أنه لو قال: بعت نصفه، أو أقر بنصفه، التخصيص بنصيبه، نعم ظاهر بيع الكتاب ونهاية الأحكام والإيضاح الإجماع على التنزيل على الإشاعة، إلى آخر كلامه.

فلا يخفى ما فيه، لأنه أيضاً من نقل الكلام من مرحلة الثبوت إلى مرحلة الإثبات، والكلام الآن في مرحلة الثبوت لا في مرحلة الإثبات، ويدل على أن الكلام في مرحلة الثبوت ما ذكره غير واحد وتبعهم مفتاح الكرامة في الاستدلال على ما في عبارة الشرائع المتقدم بقوله: لأنهما متفقان على أن البعض كالكل يستوي ملكهما فيه فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الآخر، كما أن الفائت يكون ذاهباً عليهما، فاشتراكهما في المقر به ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة، لا من جهة الإقرار، إلى آخر كلامه الذي سبق أن استدللنا به لفتواهم.

فإن قولهم هناك بالامتناع، وقول المفتاح هنا بمقتضى الانصراف متدافعان،

وحيث إن الاستدلال بفتواهم إنما هو بالامتناع العقلي، فلا يمكن إتيان الكلام هنا في رد المفتاح على الشهيد الثاني بما يرجع إلى اللفظ.

أما مسألة أنه لو باع مالك النصف نصفه في المشاع، هل أن ظاهره أنه يريد بيع نصفه أصالة، أو يريد بيع ربعه وربع شريكه فضولة بالنسبة إلى الشريك، فذلك ما يرجع إلى اللفظ، فإذا كان ظهور في أحدهما فهو، وإن لم يكن ظهور كان المرجع البائع، وأنه ما ذا قصد، لأنه أعلم بقصده، وحيث إن الكلام لا يؤخذ إلاّ من المتكلم في قصده، فما قاله البائع يكون حجة.

وإذا مات البائع مثلاً و لم نعرف أنه هل باع نصفه الذي هو يملكه، أو ربع ملكه وربع شريكه، أي إنه هل باع نصف نصفه، أي ربع المشاع أصالة، والربع الآخر من الشريك فضولة، فلا يبعد ظهور الاستناد إلى أنه باع ملك نفسه، كما أنه إذا باع كلياً وشك في أنه هل باع عن نفسه أو عن إنسان آخر.

وإذا قيل بأنه لا ظهور فالمرجع الأصول العملية، وكذلك يكون حال سائر المعاملات، بل وكذلك الإقرار، فإنه إذا أقر بالنصف فقد يكون إقراراً بنصفه، وقد يكون إقراراً بنصف نصف نفسه ونصف نصف شريكه، أي النصف منهما، ويكون المرجع إن لم يكن ظهور في أحدهما المقر، وإذا مات المقر فالمرجع الأصول العملية.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما جعله الجواهر التحقيق في المقام قال: (والتحقيق أن يقال: إن محل كلام الأصحاب في المدعيين المتفقين على اتحاد جهة ملكهما، وأنه ليس لأحدهما احتمال اختصاص عن الآخر بوجه، وحينئذ فإقرار المتشبث بالنصف لأحدهما لم يفد في حق المقر له فائدة تخصه بعد سبق إقراره لشريكه، وإنما أقصاه صيرورة هذا النصف لا يد لأحدهما عليه فيبقى على

الإرث بينهما بمقتضى إقرارهما، فهو حينئذ كما لو قال من في يده الدار: إن نصفها ليس لي، ولا ريب في اشتراكهما فيه، ولحوق النقص لكل منهما بسبب النصف الآخر الذي يد المتشبث عليه. وأما على فرض احتمال اختصاص أحدهما بالمقر به دون الآخر الذي يحتمل في حقه أنه قد باع حقه من المتشبث أو وهبه إياه أو نحو ذلك لم يشارك المقر له، بل وكذا لو ادعى كل منهما في نصفه فحلف أحدهما اليمين المردودة دون الآخر، انتهى.

إذ تنظيره الإقرار بقول من يده الدار أن نصفها ليس لي، تنظير غير تام، لأن إقراره يصادف ملك المقر له، كما إذا باعه المقر له أو آجره أو ما أشبه فإنه يصادف الواقع، أما إذا قال: النصف ليس لي، فإنه لم يقر لأحد حتى يكون النصف للمقر له، وإنما ترك النصف، ومن الواضح أن كل جزء من المشترك ترك يكون بين المشتركين.

ثم إن مفتاح الكرامة أشكل على المسالك بإشكال، وهو الذي نبه عليه المحقق الثاني، حيث قال: ولقائل أن يقول: لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة، لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقر، وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكه إلى آخر، ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الإرث صح، ولم يتوقف على رضا الباقين.

وفي ذلك كمال التنبيه على ما اعترض به في المسالك، قال: ثم إن كلام الشهيدين والمحقق الثاني غير جيد قطعاً، لأن كلام الأصحاب في المقام صريح في أن الصلح على ذلك النصف الذي أقر له به كما هو نص كلام المبسوط، وفي الشرائع: إنه صالحه على ذلك النصف، ونحوها الإرشاد، وفي التحرير: صالحه

عما أقر له به، وفي شرح الإرشاد: صالحه على مجموع هذا النصف، فلا مجال لاحتمال الشهيد في كلام القوم ولا لكلام المحقق الثاني ولا لتفصيله في المسالك بالألفاظ الثلاثة، وتوجيه كلام القول لذلك لأنه نص صريح لا يحتاج إلى توجيه، انتهى.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم أنه لا فرق بين قبض الوارثين الإرث، ثم غصب الغاصب منهما، ثم اعترافه لأحدهما، ثم صلح الوارث عن نصفه، وبين كون الغصب وقع قبل قبض الورثة، لأن الصلح على أي حال يقع على نصف الإنسان المقر له.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره جامع المقاصد، فإنه بعد أن قرر ما القواعد بنحو ما تقدم، حيث قال القواعد: (لو صالح المتشبث المصدق لأحد المدعيين بسبب يوجب تشريك الإرث على شيء شاركه الآخر إن كان بإذنه، وإلا صح في الربع ولا شركة، ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة) انتهى.

قال: (ولقائل أن يقول: لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة، لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقر له، وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكه إلى آخر، ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الإرث صح ولم يتوقف على رضا الباقين، فإن أجيب بأن الإنكار لاستحقاق الآخر صير النسبة كالتالف فيجب أن يكون منهما لامتناع تلف حصة أحدهما دون الآخر، قلنا: فإذا تغاير السبب يجب أن يكون كذلك مع اعتراف المقر له بالشركة) إلى أن قال: (ونبّه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب)، ثم قال: (والذي يقتضيه النظر أن الحكم في مسألة الإرث قبل قبض الوارثين

صحيح، لأن الحاصل من التركة قبل القبض هو محسوب تركة بالنسبة إلى الورثة، والتالف لا يحسب عليهم، وكأنه لم يكن، وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم. والظاهر أنه لا خلاف في ذلك، أما بعد القبض واستقرار الملك لهم، أما انقطاع كل من الورثة عن حق الآخر فلا دليل على إلحاق تعذر الوصول إلى حق بعضهم بالإنكار مع عدم البينة ونحوه بتلف البعض في هذا الحكم، والأصل عدمه فينبغي التوقف فيه فليلحظ الحكم المذكور في المبيع، ولو كان المشترك ديناً فأقر ببعض وأنكر بعضاً، ففي التركة قبل القبض لا بحث، وبعد القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أن الحاصل لهما والتالف عليهما وعدمه) انتهى.

وفي محكي التذكرة أنه نقله عن أحد قول الشافعية، قال فيها بعد أن ذكر أصل المسألة بنحو ما تقدم: (هذا إذا لم يتعرض لقبض الدار، أما لو قالا ورثناها وقبضنا ثم غصبها منّا، فالأقرب أنه كذلك أيضاً يشتركان فيما يقبضه المقر له، لأن إيجاب الإرث الشيوع وهو لا يختلف، وهو أحد قولي الشافعي ومحكي عن أبي حنيفة ومالك، والقول الآخر له أنه لا يشاركه، لأن التركة حصلت في يد الورثة وأن التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كل منهما قابضاً لحقه وانقطع عما في يد الآخر، ولهذا يجوز أن يطرأ الغصب على نصيب أحدهما خاصة بأن تزال يده، فإن المغصوب لا يكون مشتركاً بينهما) انتهى.

وفيه: ما تقدم من أنه لا فرق بين أن يكون الغصب بعد القبض أو قبل القبض، فإن الصلح أو البيع أو الإجارة أو الإقرار أو ما أشبه يقع على حصة

الوارث البائع أو المؤجر أو المصالح أو المقر، ولا ربط له بالآخر.

نعم الغاصب إذا أعطى شيئاً من المغصوب لأحدهما يكونان مشتركين فيه، لما عرفت من الفرق بين إجراء معاملة أو إقرار ينطبق في الواقع على حصة المؤجر والبائع والمقر ونحوه، وبين التسليم الذي لا ترجيح في أن يكون لهذا أو لذاك، وإعطاء الغاصب لا يؤثر في التخصيص، كما إذا غصب صبرة لعشرة، ثم أعطى عُشرها لأحدهم، فإنه لا مخصص لأن يكون العُشر لهذا فقط دون التسعة الباقية، بل كل جزء من الحنطة يشترك فيها الجميع.

ولما ذكرناه قال أخيراً في الجواهر: (ومنه يظهر الوجه في عدم الفرق في المسألة بين قبض الوارث وعدمه، وبين كون السبب الإرث وغيره، فما وقع من الكركي أخيراً أيضاً من التفصيل بذلك الذي قد عرفته لبعض الشافعية في غير محله، فتأمل جيداً ليستبين لك الحال في أطراف المسألة التي منها معلومية القاعدة في أن المال المشترك ما يذهب منه عليهما وما يبقى لهما، ومنها أن الحصة المشاعة التي هي للشريك لا شركة لأحد فيها، فإذا أراد الصلح عنها مثلاً لم يلحقه الشريك بعوضها، ومنها أنهم قد ذكروا في أنه لو أقر بأن نصف الدار لزيد والآخر لي ولشريكي، وأنكر الشريك، كان النصف الباقي بأيديهما بينهما على حسب نسبة الربع إلى النصف، وما أنكر عليهما، وإن كان المختص بالإنكار المقر له، بخلاف ما لو أقر أحد الأخوين بثالث فأنكره الثالث، فإنه يختص النقصان بالمقر له، وأما المقر فيأخذ نصيبه تاماً)، إلى آخر ما ذكره.

وقد ذكرنا في كتاب الإرث التفصيل في مسألة ما لو أقر أحد الأخوين بثالث فأنكره الثالث، وشبه ذلك من إقرار أحد الورثة لوارث آخر، وإنكار

الوارث الباقين ذلك الوارث، وأنه كيف يكون إرث هذا المقر وذلك المقر له، مما لا حاجة إلى إعادة الكلام فيه هنا.

ثم إنه لو أخذ الشريكان، وارثين كانا أو غيرهما، حصتهما ثم غصبهما غاصب، ثم رد الغاصب حصة، فإن علم أنه حصة هذا أوذاك أو معاً فهو واضح، وإن لم يعلم أن المرجوع لأيهما أو لهما بالنصف أو بالنسبة فالظاهر أنه مورد قاعدة العدل.

وكذا لو علم أنه لأحدهما لكن لم يشخص هل أنه لزيد أو لعمرو، لوحدة الملاك في المقامين.

(مسألة ١٣): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو ادعى عليه بشيء مثلاً فأنكر أو أقر أو لم تكن دعوى أصلاً فصالحه المدعى عليه مثلاً عما ادعي به على سقي زرعه أو شجره بمائه أو ما يسقى به زرعه أو شجره من ماء المدعى عليه، قيل والقائل الشيخ فيما حكى عنه: لا يجوز، لأن العوض هو الماء وهو مجهول، فلا يصح الصلح، بناءً على فرعيته على البيع، وفيه وجه آخر بالجواز، مأخذه جواز بيع ماء الشرب أي النهر بتقدير المدة بعد المشاهدة، بل قد عرفت فيما تقدم المنع من فرعية الصلح للبيع أولاً، وعدم قدح مثل هذه الجهالة في الصلح ثانياً، لكونها تؤول إلى العلم) انتهى.

وهو كما ذكره المحقق والشارح، بل في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو كان عوض الصلح سقي الأرض أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء) قال: (كما في التذكرة والإيضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية و لم يقيده في اللمعة بالضبط، لكنه مراد له) انتهى.

والوجه إطلاق أدلة الصلح بعد ما تقدم من أن نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر لا يشمل مثل هذه الجهالات الصغيرة في باب الصلح، وإن كان الغرر مختلفاً بالنسبة إلى مختلف المعاملات والنكاح، كما تقدم الإلماع إلى ذلك.

ثم قال مفتاح الكرامة: والمخالف الشيخ في المبسوط، قال: إذا أقر له بحق ادعاه عليه ثم صالحه منه على أن يسقي أرضه من نهر المقر أو قناته في وقت معين لم يجز ذلك، لأن المعقود عليه الماء وهو غير معلوم المقدار، مع أنه قد جوز بعد ذلك بلا فاصلة بيع جزء مشاع منه وجعله عوضاً للصلح، وجوز أيضاً بيع ماء العين والبئر، ومن احتمل تخصيص منعه هنا بغير المضبوط

كما في الروضة، فلعله لم يلحظ قوله في وقت معين، انتهى.

والاحتمال المذكور في الروضة محتمل أيضاً في المسالك، حيث قال: (يمكن أن يكون منع الشيخ من الصلح على السقي المذكور مطلقاً، كما يدل عليه الإطلاق، والماء فيه مجهول لا يدخل في أحد الأقسام، لأنه لم يستحق جميع الماء ولا بعضاً منه معيناً، وإنما استحق سقياً لا يعرف قدره ولا مدة انتهائه، ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة وهو لم يصرح بالمنع حينئذ، ولو تعلق الصلح بسقيه دائماً لم تبعد الصحة، لأن جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصح) انتهى.

وعلى أي حال، فلو أراد الشيخ المنع من جهة الجهالة، ففيه ما عرفت، وإن أراد المنع في صورة جهالة تضر بالصلح، فلا بأس به.

ثم المصالحة على الماء قد يكون بالأذرع، وقد يكون بالساعة، وقد يكون بمقدار أن يصل الزرع أو يثمر الشجر، وقد يكون بالدرجات المتعارفة في حال الحاضر، وكل ذلك صحيح بيعاً وصلحاً وغيرهما من سائر أنحاء المعاملات.

نعم يتسامح في الصلح بما لا يتسامح في البيع ونحوه، لأن الصلح مبني على المسامحة، كما ذكره الفقهاء، ويستفاد أيضاً من الأدلة، ولذا قال في الجواهر في الإشكال على المسالك: (قلت: قد يقال بالتسامح في الأول أيضاً إذا كان لتحقق مسمى السقي قدر في العرف، وإن اختلف أفراده اختلافاً لا يقدح في مثل الصلح، وحينئذ فلا يعتبر اشتراط المدة ولو الدوام في الصلح، على أنه لا ترفع جهالة مقدار الماء الذي هو العوض أو المعوض، إذ ليس الغرض منه الإجارة، بل نقل الأعيان المقدرة بمثل ذلك المندرج تحت عمومات

الصلح كما عرفته فيما تقدم) انتهى.

ثم قال في الشرائع: (وأما لو صالحه على إجراء الماء إلى سطحه أو ساحته صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه)، ومعنى ذلك أن الصلح يقع على مرور ماء غيره في ملكه أو في المحل الذي استأجره أو موقوف عليه أو ما أشبه مما له حق الصلح على مثل ذلك، سواء كان مرور الماء على سطحه فيما إذا كان الماء عالياً، أو كان مرور الماء على ساحته فيما إذا كان متوسطاً، أو كان مرور الماء من سردابه فيما إذا كان نازلاً، ولا شك أنه لابد من تقدير الممر من السطح وغيره طولاً وعرضاً وعمقاً بقدر يدفع الجهالة الضارة في الصلح، أما إذا كانت جهالة غير ضارة به فلا بأس بذلك.

وكأنه للجهل غير الضار قال في مفتاح الكرامة: (لابد من تقدير الممر من السطح والساحة طولاً وعرضاً، ولا يحتاج إلى تقدير السمك لعدم التفاوت فيه إلا بكثرة الماء وقلته، ولعله لهذا أطلق المصنف وغيره حكم الماء من دون أن يشترطوا مشاهدته)، ثم قال: (ولكن ينبغي مشاهدة الماء أو وصفه لاختلاف الحال بقلته وكثرته، ولو كان ماء مطر اختلف أيضاً بقدر ما يقع عليه وصغره، فمعرفته تحصل بمعرفة محله) انتهى.

وكأن ما ذكرناه هو غير ما ذكره مفتاح الكرامة، فإنا إنما نشترط التقديرات المذكورة فيما إذا أضرت جهالتها بالصلح عرفاً، وهو استثنى السمك لما يرى من عدم ضرر الجهالة عرفاً في مثل السمك، لكن الجميع من واد واحد كما لا يخفى.

وهذا الحكم هو المشهور بين الفقهاء، ولذا قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (وكذا لو صالحه على إجراء الماء على سطحه أو ساحته صح بعد

العلم بالموضع الذي يجري الماء منه): كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والكفاية.

ومما ذكرناه يعلم وجه النظر فيما ذكره المسالك، قال: (المراد بعلم الموضع الذي يجري الماء منه أن يقدر مجراه طولاً وعرضاً لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه، ولا يعتبر تعيين الملك، لأن من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض)، ولذا رده في الجواهر قائلا: (إن ما ذكره في الصلح عما ادعى به على مجرى الماء لا على استحقاقه الذي هو المفروض في المتن، ولذا قال في الدروس: ولو جعل عوض الصلح عن الدعوى مجرى الماء في أرضه قدر المجرى طولاً وعرضاً لا عمقاً، لأن من ملك شيئا ملك قراره إلى تخوم الارض، ولو جعله إجراء الماء في ساقية محفورة مشاهدة جاز إذا قدرت المدة. قال الشيخ: ولو كانت الساقية غير محفورة لم يجز الصلح على الإجراء لأنه من استيجاره المعدوم، ويشكل بإمكان تعيين الإجراء طولاً وعرضاً واشتراط حفره على مالك الأرض أو على المجري ماءه، نعم لو كانت الأرض موقوفة أو مستأجرة لم يجز، ولو صالحه على المدعى به على إجراء الماء من سطحه على سطح المدعى عليه يشترط العلم بسطح المدعى) انتهى.

وفيه موارد للنظر:

الأول: ما عرفت من عدم الفرق بين الطول والعرض وبين العمق.

الثاني: استثناؤه أرض الموقوفة والمستأجرة، فإنه أي فرق بين الموقوفة والمستأجرة إذا كان الوقف والاستيجار يشمل مثل ذلك، ومن الواضح أن

«الوقوف على حسب ما وقفها أهلها»، وأن الاجارة على حسب ما تعاقد عليه الطرفان، فاستثناؤه مطلقاً غير ظاهر الوجه.

الثالث: اشتراطه العلم بسطح المدعى، إذ ليس ذلك على إطلاقة، وانما هو فيما إذا كانت الجهالة تضر الصلح، وإلا فقد عرفت أن الجهالة تغتفر في الصلح بما لا تغتفر في مثل البيع، اللهم إلاّ أن يريد ما لا يعتني به عرفاً في العمق، والموقوفة والمستأجرة المنافية لذلك، والعلم فيما إذا كان جهله ضاراً بالصلح عرفاً، فتأمل.

ولعل الجواهر أشار إلى بعض ما ذكرناه حيث قال: (نعم قد يناقش في أصل اعتبار ذلك لعمومات الصلح وقبوله من الجهالة والغرر ما لا يقبله غيره).

ثم إن في حكم الماء حكم الغاز المتعارف الآن، وأمثال عيون النفط وغيره من السوائل التي تجري من بلد إلى بلد، أو من مكان إلى مكان، أو من دار إلى دار، لأن المناط في الجميع واحد، فيصح الصلح على شرائطه والتي منها أنه يجب أن يعرف كبر الأنبوب أو صغره الذي هو مجرى السائل أو الغاز، فيما إذا كان يختلف الأغراض باختلافه، كما أنه يشترط معرفة جنس الأنبوب، لأن بعض الأنابيب يتكسر وبعض الأنادبيب لا يتكسر، وتكسر الأنبوب يوجب ضرر المحل، فإذا كان مما يتسامح فيه عرفاً صح الصلح، وإلا لم يصح، لأنه من الغرر المنهي عنه.

ثم إن المسالك قال: (وحيث يقع السطح أو يحتاج الساقية إلى إصلاح وجب على المالك الإصلاح لتوقف الحق عليه، وليس على المصالح مساعدته)، وتبعه مفتاح الكرامة والجواهر، وهو كما ذكروه إلاّ أن يكون التعارف على التقسيم بينهما، وأجرى عقد الصلح حسب المتعارف، أو جعل الشرط في

ضمن العقد أن يكون عليهما أو على المصالح حسب إطلاقات أدلة الشرط[1]، ومقتضى ﴿أوفوا بالعقود﴾[2].

ولو كان الصلح على جريان قدر خاص من الماء كذراع مثلاً، فزاد صاحب الماء بما جعله ذراعاً ونصفاً، أو كان الصلح على أن يجري الماء في الشهر عشرة أيام فأجراه خمسة عشر أو نحو ذلك، كان لصاحب المحل الأجرة بالنسبة إلى الزائد، ولو اختلفا في أنه هل أجرى أكثر أم لا، فالأصل مع المنكر.

والظاهر صحة اشتراط أن يكون الماء من نوع كذا، لاختلاف المياه في الثقل والخفة، وفي الملوحة والعذوبة، ومن الواضح اختلاف الأغراض باختلاف هذه الأمور، مثلاً الماء المالح يوجب ملوحة الأرض مما يوجب عدم تمكن الزرع فيها، بخلاف الماء العذب، والماء الثقيل يكون أثقل على السطح من الماء الخفيف مما يوجب قرب الانهدام، إلى غير ذلك مما تختلف الأغراض باختلافه.

وحيث عرفت أن المعيار هو عدم الغرر العرفي، فإن تصالحا على أن يجري ماءه أسبوعاً في كل شهر من غير تعيين ذلك الأسبوع في أول الشهر أو وسطه أو آخره صح ذلك إذا لم يكن غرراً عرفياً، كما أنه إذا تصالحا على إجراء مائه على أرضه بدون أن يعين مكان الأرض، وكان مما لا تختلف الأغراض باختلاف الأرض، لم يكن بذلك بأس.

ولو استأجر الأرض أو صالح لمد أنبوب فيها بدون تعيين ما يسيل في الأنبوب من سائل نفطي أو مائي أو غازي أو ما أشبه ذلك، ولم يكن ذلك

---

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ ح٤.

(٢) المائدة: آية ١.

يوجب الجهالة الضارة بالصلح عرفاً مما يوجب غرراً لم يكن به بأس، فإن ذلك من قبيل استئجار الدار لجلوس خمسة أشخاص فيها بدون أن يعين أولئك الأشخاص بأنهم زيد وعائلته أو عمرو وعائلته، إلى غير ذلك من الأمثلة المطردة في الصلح والإجارة وغيرهما.

ولو اختلفا في شرط زائد على أصل الصلح أنه هل كان شرطاً في ضمن العقد أم لا، فالحق مع المنكر إلاّ إذا أقام المدعي البينة حسب قوانين الدعوى، ولو اختلفا في أنه هل كان الصلح لجريان الماء أو الغاز أو النفط مثلاً، كان من مورد التحالف، لعدم الجامع بين الأمور المذكورة.

ثم إنه لو عقدا الصلح على الماء أو غيره، ثم صار التضخم أو التترل في أحد الجانبين، فإن كان الارتكاز على عقد لا تضخم ولا تترل فيه في المستقبل بحيث كان على نحو القيد بطل الصلح.

وأما إذا كان على نحو الشرط، كما ذكروا في المعيب، كان للطرف الذي هو له الشرط على الطرف الآخر خيار الفسخ.

ولو صالح على أن يأتي بمائه من النهر أو غيره إلى بيته بسيارات مثلاً صح، وتقدير الماء إنما هو بقدر ما تأخذ السيارة، أما أن يكون الماء مالحاً أو حلواً فذلك حسب القرار لاختلاف الدواعي باختلاف المياه التي يسقى بها الحديقة، أو التي يكون للشرب ونحوه.

ولو اختلفا في أن موضوع العقد الماء العذب أو المالح، فمن التحالف لأنهما موضوعان عرفاً، فلا يقال: الأصل الماء الحلو، لأن الماء المالح هو الماء الذي أضيف إليه شيء من الملح.

كما أنه كذلك بالنسبة إلى الماء الأجاج والماء الزلال والماء المخلوط بالطين والماء الصافي، فهما موضوعان عرفاً، وإن كان في الحقيقة الماء المخلوط بالطين ماء أضيف إليه شيء من الطين، إلا

أن ذلك ليس موضوعاً وزائداً في نظر العرف.

ويصح تقدير الماء المحمول في السيارات بالأحواض وبالسيارات، وبقدر سقي الحدائق ونحوها، وبقدر سقي جماعة كبيرة، أو حيوانات كثيرة وهكذا، مما كل ذلك موجب لخروج المصالحة عن الغرر الضار بها.

والمصالحة على مرور الكهرباء في أسلاكه أيضاً صحيحة، للأدلة العامة الشاملة لها، نعم يلزم التعيين بما يخرجه عن الغرر، كالضغط العالي وغيره، وساعات مرور الكهرباء من ليل أو نهار، وكذلك قدر ما يضيء الكهرباء من الشموع ويشغل من الثلاجات والمروحات وغيرها.

وكذا يصح الصلح على أن يخلط الإسمنت والحصى والرمل ونحوها في خلاطته مع تعيين المواد مما يزيل الغرر، وكذلك تعيين القدر من ملئ الخلاطة مثلاً عشر مرات أو بقدر بناء دار أو أعداد أكياس السمنت وأطنان الحصى والرمل ونحو ذلك، لاختلاف الدواعي باختلاف هذه الأمور.

(مسألة ١٤) قال في الجواهر: لو صالح أجنبي المدعي عن المنكر صح، عيناً كان أو ديناً، أذن أو لا، لأنه في معنى قضاء الدين، لكن عن المبسوط أنه يرجع عليه إن دفع المال بإذنه، سواء صالح بإذنه أو لا، وإلا فلا رجوع لأنه تبرع، وقد يشكل الرجوع بما أداه ولو بإذنه مع كون الصلح بغير إذنه باقتضاء عقد الصلح لزوم المال للأجنبي، فلا عبرة بالإذن إذا كان قد صالح ليؤدي هو، بل وكذا لو صالح مطلقاً، نعم لو صالح ليؤدي المدعى عليه كان الصلح فضولياً، انتهى.

ومقتضى القاعدة هو ما ذكره الجواهر، لا ما ذكره الشيخ، لأن الإعطاء بالإذن لا يوجب ضمان الآذن، بل وإن كان بالأمر، لأنه طلب للوفاء بالعقد، كما إذا باع إنسان شيئاً لإنسان فقال أجنبي للبائع: ادفع ما بعت إلى المشتري، أو أذنت لك أن تدفع ما بعته إلى المشتري، فإنه لا يوجب ضمان الآذن والآمر.

لكن ما ذكره من أنه لو صالح ليؤدي المدعى عليه كان الصلح فضولياً إنما يصح ذلك إذا كان صالح فضولي على نحو الفضولي، أما إذا كان على نحو الداعي فليس الصلح فضولياً، فقوله: (ليؤدي) يلزم أن يكون مراده بمعنى (عن) لا أن يكون اللام على نحو الداعوية.

ثم قال: (ولافرق في صحة ما ذكرناه من الصلح اعتراف المدعى عليه بالحق، قبل الصلح أو لا على الأقوى، ولو ادعى الاجنبي أنه وكيل المدعى عليه في الصلح فصالحه المدعي صح، فإن أنكر المدعى عليه وكالته حلف، ولكن له إجازة العقد بعد حلفه وقبله) انتهى.

وهو كما ذكره في الفرعين، ويشمل قوله: (أو لا) في الفرع الأول ما إذا أنكر وما إذا قال: لا أعلم، كما أنه لا فرق في الفرع الثاني بين ادعائه كونه

وكيلا أو ولياً، لوحدة الملاك في البابين.

أما ما ذكره الجواهر بأنه لو صالح الأجنبي المدعي لنفسه لا عن المنكر صح وانتقلت الخصومة إليه، ففيه تأمل، إذ لا وجه لانتقال الخصومة، اللهم إلاّ أن يريد أن المدعي يطلب منه ما صالح عليه، قال: (لكن في الدروس إن تعذر عليه انتزاع المصالح عليه فله الفسخ، لعدم سلامة العوض، وفيه تأمل) انتهى كلام الجواهر.

ولا يخفى ما في عبارة الدروس من الغموض، كما لم يظهر مراد الجواهر من التأمل في عبارته.

وللمسألة شقق وفروع، لأن مصالحة الأجنبي قد تكون عن نفسه، وقد تكون عن المدعي، وقد تكون عن المنكر، وعلى كل حال فطرف الدعوى قد يجوز عن دعواه، وقد لا يجوز، وقد يحصل على الشيء المقابل لتنازله عن دعواه، وقد لا يحصل، إلى غير ذلك.

ثم لو صالح المنكر المدعي على عدم الدعوى صح كما تقدم، فإذا راجع المدعي الحاكم كان خلاف العقد، فللحاكم أن لا يسمع إلى دعواه، لأن الصلح اقتضى الوضع، ولو استمع وحكم على المنكر أو على المدعي كان للمنكر فسخ الصلح، لأن طرفه لم يف به.

أما إذا صالح المدعي المنكر على عدم الدعوى، فالظاهر أن له الحق في التقاص إذا علم أن حقه ثابت، لأن الصلح على عدم الدعوى لا يسقط الحق واقعاً، أما إذا صالح المنكر المدعي على عدم الدعوى بقي حق المنكر في الرجوع إلى الحاكم، لأن يستوثق من عدم مراجعة المدعي، وحال الأجنبي المصالَح معه (بالفتح) حال المدعي المصالَح معه (بالفتح)، لأن الاثنين من واد واحد.

فصل

قال في الشرائع: (ويلحق بذلك أحكام التزاع في الأملاك).

وفي الجواهر: (لنوع من الاعتبار الذي هو ما عرفت من كون الصلح لقطع التزاع، على أنه ربما يذكر الصلح في بعض أفراده ولم يلحظ ذلك في الدروس، فجعله كتاباً مستقلاً سماه بكتاب تزاحم الحقوق، والأمر في ذلك سهل) انتهى.

وقد ذكرنا نحن طرفاً من هذه المسائل في كتاب إحياء الموات، وطرفاً منها في كتاب الديات، كما ذكرنا بعض الفروع المرتبطة بهذه الأمور في كتاب الغصب، ونحن تبعاً لهم نذكر ما ذكروا في ضمن مسائل:

(مسألة ١): قال في الشرائع: (يجوز إخراج الرواشن والأجنحة إلى الطرق النافذة إذا كانت عالية لا تضر بالمارة، ولو عارض فيها مسلم على الأصح).

وقال في القواعد: (يجوز إخراج الرواشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الأبواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وإن عارض مسلم).

وفي مفتاح الكرامة: (صرح بذلك في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية)، ثم ذكر أن بعضهم لم يذكروا إلاّ بعض المذكورات.

وفي السرائر: إن المسلمين من عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله) إلى يومنا هذا وهو سنة السبع وثمانين وخمسمائة لم يتناكروا في ما بينهم ذلك.

وفي المبسوط والنافع والتنقيح الإجماع على جواز نصب الميازيب إلى الطرق المسلوكة، وفي السرائر نفي الخلاف فيه بين المسلمين وأنه لم ينكر ذلك أحد بحال، وعليه عمل الناس كما في الشرائع، قديماً وحديثاً من غير مخالف كما في المسالك وكشف اللثام، وظاهر الأصحاب وغيرهم الاتفاق على ذلك كما في المسالك.

وفي الجواهر عند قول الشرائع المتقدم: لاخلاف والإشكال فيه.

وكيف كان، فيدل على ذلك: الكتاب والسنة والإجماع والعقل، كما استدل له أيضاً بالسيرة، أما من الكتاب: فكآيات الحل[1] وآيات التسخير[2] وغيرهما

---

(١) المائدة: آية ٨٧.

(٢) الجاثية: ١٢.

وأما من السنة فقسم كبير من الروايات.

والروايات المانعة محمولة على الضرر، مثل ما رواه القطب الراوندي، أنه روي أن الفرات مدت على عهد علي (عليه السلام)، فقال الناس: نخاف الغرق، فركب (عليه السلام) وصلى على الفرات فمر بمجلس ثقيف فغمز عليه بعض شبابهم، فالتفت إليهم وقال: «يا بقية ثمود، يا صغار الخدود، هل أنتم إلا طغام لئام، من لي بهؤلاء الأعبد»، فقال مشايخ منهم: إن هؤلاء شباب جهال فلا تؤاخذنا بهم واعف عنا، قال: «لا أعفو عنكم إلاّ على أن أرجع وقد هدمتم هذه المجالس، وسددتم كل كوة، وقلعتم كل ميزاب، وطمحتم كل بالوعة على الطريق، فإن هذا كله في طريق المسلمين وفيه أذى لهم»، فقالوا: نفعل، ومضى وتركهم، ففعلوا ذلك كله[1].

وعن الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال: «من أراد أن يحول باب داره عن موضعه أو يفتح معه باباً غيره في شارع مسلوك نافذ، فذلك له إلاّ أن يتبين أن في ذلك ضرراً بيناً، وإن كان في رائقة سكة غير نافذة لم يفتح فيه باباً ولم ينقله من مكانه إلا برضى أهل الرائقة»[2].

وعن الصادق (عليه الصلاة والسلام)، أنه نهى عن إخراج الجدر في طرقات المسلمين، وقال: «من أخرج جدار داره إلى طريق ليس له فإن عليه رده إلى موضعه»[3]، الحديث.

وعن الشيخ الطوسي في الغيبة، عن أبي بصير، في حديث له اختصرناه

(١) المستدرك: ج٣ ص١٥١ باب ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات ح١.

(٢) الدعائم: ج٢ ص٥٠٥ (الطبعة الثانية بمصر).

(٣) الدعائم: ج٢ ص٤٨٧ (الطبعة الثانية بمصر).

قال: «إذا قام القائم (عليه الصلاة والسلام) دخل الكوفة وأمر بهدم المساجد الأربعة حتى يبلغ أساسها فيصيرها عريشاً كعريش موسى، ويكون المساجد كلها جماً لا شرف لها، كما كان على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله) ويوسع الطريق الأعظم فيصير ستين ذراعاً، ويهدم كل مسجد على الطريق، وكل جناح وكنيف وميزاب على الطريق» الخبر[1] .

وعن الجعفريات، بإسناده إلى علي (عليه الصلاة والسلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) وسلم أمر مناديه فنادى: من ضيق طريقنا فلا جهاد له»[2].

ويظهر من صاحب الوسائل نوع تردد في الحكم، لأنه عنوان الباب بحكم إخراج الجناح ونحوه إلى الطريق والميزاب والكنيف[3].

ثم روى عن أبي جعفر (عليه الصلاة والسلام) في حديث طويل، أنه قال: «إذا قام القائم (عليه السلام) سار إلى الكوفة وهدم بها أربعة مساجد، ولم يبق مسجد على وجه الأرض وله شرف إلا هدمها وجعلها جماً، ووسع الطريق الأعظم، وكسر كل جناح خارج في الطريق، وعطل الكنيف والميازيب إلى الطرقات، فلايترك بدعة إلاّ أزالها، ولا سنة إلاّ أقامها»[4].

ثم قال صاحب الوسائل: (وذكر جماعة من علمائنا منهم العلامة والشهيد الثاني أنه لا بأس بإخراج الرواشن والأجنحة إلى الطرق النافذة إذا كانت لا تضر بالمارة، لاتفاق الناس عليه في جميع الأعصار والأمصار من غير نكير،

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٤٧ الباب ٢٠ من أبواب إحياء الموات ح١.

(٢) الجعفريات: ص٨٥.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٤٧ الباب ٢٠ من أبواب إحياء الموات.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣٤٧ الباب ٢٠ من أبواب إحياء الموات ح١.

وسقيفة بني ساعدة وبني النجار أشهر من الشمس في رابعة النهار، وقد كان في المدينة في زمن النبي (صلى الله عليه وآله).

وعن الخلاف: أن مخرج الجناح والساباط ليس لأحد معارضته ولا منعه، واستدل عليه بالأصل وبالسيرة وبميزاب العباس وسقيفة بني ساعدة وبالإجماع.

وفي مفتاح الكرامة: لا خلاف إلاّ من ظاهر الشيخ في النهاية، وصريح ابن حمزة في الوسيلة، ويمكن حمل كلامهما على ما إذا كان مضراً، كما بينا ذلك في باب الديات، ثم قال: والمخالف الشيخ في صلح الخلاف، والمبسوط وابن زهرة في صلح الغنية فمنعا منه وإن لم يضر إذا اعترضه مسلم، وقواه في ديات المبسوط وحكاه في صلح المختلف عن القاضي، انتهى.

ومقتضى القاعدة: صحة كل ما لا يضر بالمارة من الميازيب والسراديب والرواشن والأجنحة والأعمدة تحت السقوف والبلاليع والسواقي والحدائق والأشجار والأنابيب تحت الأرض وفي أطراف الأرصفة وأعمدة الكهرباء والهاتف والأنهر والمداخن وأنابيب الماء الملتصقة بالحيطان، وغيرها مما هو كثير، وذلك لأصالة الإباحة الثابتة شرعاً وعقلاً، إلا ما إذا كان ضرر، فإذا كان ضرر لم يجز كل ذلك لدليل «لا ضرر» الحاكمة على الأدلة الأولية، وقد تقدم في روايات المنع الإلماع إلى أن المنع لأجل الضرر لا مطلقاً.

ثم إن الجواهر قال: (هو كما ذكره المشهور من غير حاجة إلى الإذن من حاكم ولا من غيره، سواء قلنا بكون الهواء ملكاً للمسلمين أو باقياً على الإباحة الأصلية، فما عن أحمد من اعتبار إذن الإمام في وضع الجناح في غير محله، بل هو كذلك ولو عارض فيها مسلم على الأصح، لعدم ثبوت حق له في المعارضة، لما عرفت من استمرار السيرة المعتضدة بالفتوى على فعل ذلك، وعدم

الالتفات إلى المعارض، خلافاً للمحكي عن الخلاف والمبسوط من أنه لكل مسلم منعه، لأنه حق لجميع المسلمين، ولأنه لو سقط شيء منه ضمن، وهو يدل على عدم جوازه إلا بشرط الضمان، ولأنه لا يملك القرار فلا يملك الهواء، وفيه ما لا يخفى بعد ما عرفت، فهو حينئذ بمنعه معاند لا حق له، والضمان بعد تسليمه لا ينافي الجواز، كما هو في صورة عدم المعارضة التي وافق فيها، وجواز الفعل لا يتوقف على كونه مالكاً، كما هو واضح، نعم يعتبر فيه عدم الضرر على المارة) انتهى.

وهو كما ذكره، وما ذكره من عدم الاحتياج إلى الإذن من الحاكم هو مقتضى القاعدة، لأن الحاكم لا حق له في المنع إلاّ إذا كان ضرر خاص أو ضرر عام متيقن أو محتمل، فإن الحاكم هو المنفذ لأحكام الإسلام، لا أنه يأتي بما يشاء اعتباطاً، كما قررناه في كتاب القضاء وغيره.

وقد ذكرنا في كتاب إحياء الموات وغيره، أن الحاكم يحق له تحديد للعمارة والطريق وما أشبه إذا كان ذلك في مصلحة المسلمين، وذلك لأن معنى كونه حاكماً مجعولاً من قبلهم (عليهم الصلاة والسلام) أنه يتصرف كما يتصرف الحكام، فمعنى جعله حاكماً أن له ما لهم، فإذا قال: يجب أن تكون الشوارع كذا ذراعاً، أو علواً لأبنية كذا، أو الرواشن والأجنحة لا تكون إلا كذا، أو المرور لا يكون إلاّ كذا، يجب اتباعه إذا كان واجداً لشرائط الحاكم الشرعي التي هي عبارة عن شرائط الله سبحانه وتعالى مما ذكره الفقهاء في كتاب التقليد وفي كتاب القضاء، ومنتخباً من قبل أكثرية الأمة، حسب ما دل عليه أدلة الشورى، وقد ذكرنا بعض التفصيل في هذين الشرطين في (الفقه) كتاب السياسة وكتاب الحكم في الإسلام وغيرهما.

ثم إن غير واحد من الفقهاء اعتبروا عدم الضرر بالآخرين، فالمحكي عن التذكرة أنه قال: (المرجع في التضرر وعدمه العرف، ويختلف بحال الطريق، فإن كان ضيقاً لا تمر فيه الفرسان والقوافل وجب رفعه بحيث يمر المار منتصباً والمحمل مع الكنيسة المنصوبة على رأسه على البعير، لأنه يتفق ذلك وإن كان نادراً، وإن كان متسعاً تمر فيه الجيوش والأجمال وجب أن لا يضر بالعماريات والكنائس، وأن يتمكن الفارس من الممر تحته ورمحه منتصب لا يبلغه، لأنه قد تزحم الفرسان فتحتاج إلى أن تنصب الرماح، قال: وقال بعض الشافعية: لا يقدر بذلك لأنه يمكنه وضع الرمح على عنقه بحيث لا ينال رمحه أحداً، وليس بجيد، لأن في ذلك تعسراً. وفي مفتاح الكرامة نفي الشهيد في الدروس ما في التذكرة للندرة وسهولة الميل، وقواه في المسالك واستجوده في الكفاية، وأنت خبير بأن الطريق إذا كان ممراً للجيوش والفرسان الكثيرة لا يبعد اعتباره ولا يندفع بالندرة، ولا بإمكان إمالته على وجه لا يبلغهم، إذ قد لا تمكن الإمالة لازدحام الفرسان وكثرتهم، فإن أماله حينئذ أضر بالفرس أو الفارس، ولا ريب أنه أحوط، ومع الاعتياد يجب كما في مجمع البرهان) انتهى.

والظاهر أن الندرة وغيرها كندرة المار وغيرها لا يوجب صحة جعل الجناح ونحوه، لأن الطريق حق للعموم، سواء من يمر نادراً أو غير نادر، وسواء من يأخذ رمحه نادراً أو غير نادر، فلا يجوز مزاحمة المسلمين في طريقهم، بل وكذلك حال الكفار، لأن الحق للجميع من غير فرق بين الكافر والمسلم، وقولهم بالمسلم من باب المثال، ولذا قال في مفتاح الكرامة: (ثم إن للكافر أيضاً حق المرور صرح به في التذكرة، ولا وجه للقصر على المسلم)، انتهى.

ولما ذكرناه من عدم الفرق بين النادر وغير النادر.

قال في الجواهر: (قد يقال: إن المعتبر عدم الضرر حتى في الصورة النادرة، لأنه المتيقن من الجواز فيما هو حق المسلمين كافة، وإليه أومأ فيما سمعته من التذكرة، فيعتبر حينئذ في الطريق كونه على الوجه المزبور، إن لم يعتد ازدحام الفرسان والإبل والكنائس، إلاّ أنه ربما اتفق ذلك، خصوصاً بناءً على أن الأصل المنع لتعلق حق المسلمين بإحيائهم، والمعلوم جوازه من السيرة ذلك لا غير، نعم لو قلنا: إن الأصل الجواز لكونه من مباح الأصل فيقتصر على المتيقن في المنع اتجه حينئذ ما ذكروه إلاّ أن الأول لا يخلو من قوة) انتهى.

وهو كما ذكره، إذ ليس الأصل هنا الجواز، فإن أصل الجواز مرفوع بسبب الحق الطارئ.

وحيث إن المعيار هو عدم مزاحمتهم فلا فرق في ذلك بين مزاحمة النور أو الهواء أو المرور أو غير ذلك، فلا يحق له أن ينصب أربعة أعمدة في وسط الطريق بحيث لا تزاحم الأعمدة المارة، ثم يضع فوقها سقفاً مما يوجب ظلمة الطريق، أو عدم تهوية الطريق، لأن حقهم سابق، وكحال مرور الفوارس حال مرور السيارات الكبيرة المحملة بالأثقال، وكذلك حال مرور القطار ونحوهما، لوحدة الملاك في الجميع وهو سبق حق المسلمين.

ولو نصب الساباط أو ما أشبه في حقهم فمرت السيارات ونحوها مما أوجب إسقاط حملها وكسرها ونحوه فالظاهر الضمان إذا كان السبب أقوى من المباشر على القاعدة التي ذكروه في باب الديات.

نعم لو كان المباشر أقوى بأن أبصر السائق مثلاً العريش فلم يدر له بالاً مما سبب الاصطدام والانكسار لحمله، فإنه هو السبب، بل وكذلك إذا وضع حجر عثرة في الطريق فبصر به المار أو الفارس أو السايق فلم يأبه له، فإنه إذا

تكسر كان هو السبب، وإن كان واضع العثرة فاعلاً للحرام.

ويجب أن يكون نصب الجسور على الماء على هذا الغرار، فلا يحق نصب الجسور المنخفضة مما توجب مزاحمة السفن، فإن حق السفينة مقدم على حق الجسر، فاللازم ارتفاع الجسر بحيث تتمكن السفينة من المرور من تحته بسلام.

نعم لو كان حق الجسر سابقاً لم تحق للسفينة مزاحمة الجسر ورفعه، كما إذا نصب جسراً بين جبلين لا ماء تحته، ثم جاء السيل وامتلأ بالماء من غير سابق، وصار محلاً لعبور السفن، فإن حق الجسر سابق ولا دليل على انقلاب الحق بعد مجيء الماء.

ومثل الجسر والساباط والعريش وما أشبه الأسلاك الكهربائية والتلفونية ونحوهما، فإنه لا يحق مدها بحيث يزاحم المارة، لأن حق المسلمين سابق. نعم إذا مد الأسلاك في الصحراء ثم صار طريقاً فحق السلك أقدم، مثل ما ذكرناه في الجسر.

ثم إنه لو فعل الساباط المزاحم لحق المارة ونحو الساباط، فالظاهر أنه لا يجوز إزالته بدون إذن الحاكم الشرعي، وإن لم يكن فعدول المؤمنين، بخلاف ما إذا وضع آلاته في دار غيره مثلاً، حيث يحق له إزالة تلك الآلات، والفرق أنه حق خاص فيحق لمن زاحم حقه تخليص حقه من مال الغير عدواناً، أما بالنسبة إلى الطريق فالحق عام، فاللازم مراجعة متولي الحقوق العامة وهو الحاكم الشرعي.

ثم إن الحاكم الشرعي إنما يحق له الإزالة بما يوجب أقل ضرر على المعتدي، لأن اعتداءه لا يوجب سقوط دليل «لا ضرر» بالنسبة إليه إلاّ بالمقدار المجبور منه، مثلاً إذا كان الحاكم الشرعي يتمكن من إزالة الساباط بكسر الأخشاب والآجرات ونحوها، وكان يتمكن من الإزالة بدون كسر، لا يحق له الإزالة

بالكسر، لأن الضرورة تقدر بقدرها، وكذلك بالنسبة إلى عدول المؤمنين.

وهل يحق نصب الجسر المانع عن السباحة فيما إذا كانت السباحة متعارفة هناك، الظاهر العدم، لأن حق السابحين مقدم على حق الجسر، اللهم إلاّ إذا اضطر إلى ذلك، حيث إنه لم يتمكن من نصب جسر عال، واحتاج الناس إلى الجسر، فإن حق الجسر مقدم، لرؤية العرف ذلك عند التزاحم، ولذا جرت السيرة على نصب الجسور الخشبية ونحوها على الأنهر بحيث لا يتمكن السابحون من المرور تحتها، وإن كان حق السابح مقدماً زماناً.

ثم إن التذكرة قال: (لو تضرر جاره بالإشراف، فالأقرب أن له المنع، لأنه قد حصل به الضرر، بخلاف ما لو كان الوضع في ملكه فإنه لا يمنع وإن حصل الضرر) إلى أن قال: (ولست أعرف في هذه المسألة بخصوصها نصاً من الخاصة ولا من العامة، وانما صرت إلى ما قلت عن اجتهاد).

وأشكل عليه في مفتاح الكرامة بقوله: (وتقييدهم بالمارة يقضي بأنه لو حصل ضرر على الجار بالإشراف على عياله لا يمنع من ذلك للأصل، وعموم ما يدل على التصرف فيما خلقه الله تعالى خرج ما إذا أضر بالمارة، ويؤيده أن الممنوع منه التطلع على عورات الناس لا التمكن منه، لأنه يجوز له مثل ذلك في ملك نفسه، وقد عرفت أن الممنوع عدم الإضرار بأهل الطريق لأنه موضوع للاستطراق، أما اعتبار عدم الإضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه، بل قالوا: إنه لا يمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصة فضلاً عن غير المار والجار خارج عن ذلك كله).

أقول: لعل الموارد تختلف، إذ الاعتبار بأن يرى العرف حق السابق، سواء كان ماراً أو جاراً، فمن المتعارف مثلاً بناء طابقين أو ثلاث طوابق مما يأخذ شيئاً من نور الجار وهوائه، بل من نور الطريق وهوائه، أما أن يكون

بحيث يرى العرف أنه مزاحم لحق الجار أو المار، فلا فرق بين الأمرين.

ولعله إلى ما ذكرناه أشار الجواهر حيث إنه بعد نقله عن المسالك وغيره، أنه لا عبرة بتضرر الجار، وأنه كما لو وضعه في ملكه واستلزم الإشراف عليه، قال: (يمكن أن يكون بناء العلامة ما ذكرناه من أن المسلمين بإحيائهم الطريق صار هو وقراره وهواؤه ملكاً لهم أجمع أو كالملك، فلا يجوز لأحد منهم التصرف فيه بغير إذنهم أو إذن وليهم، إلاّ أن السيرة جرت على فعل ذلك والمتيقن منها الخالي عن ضررهم من جهة الاستطراق وغيره، أما الخالي عن ضرر الاستطراق خاصة دون غيره فلا سيرة عليه فيبقى على أصل المنع) انتهى.

ولا يخفى أنه لا يراد بالضرر بالنسبة إلى الجار أو المار إلاّ ما يطلق عليه الضرر عرفاً، لا الضرر الذي يبيح مثلاً التيمم بدل الغسل والوضوء ونحو ذلك، لأن هنا دليل «لا ضرر» إنما يكون أوسع من دليل «لا ضرر» هناك، بقرينة أن المراد هنا حق الجار وحق المار، وإن لم يطلق عليه الضرر الذي يطلق عليه هناك، فلا ضرر في النص وإن كان بمفهوم واحد، إلاّ أن القرائن توجب توسعته وتضييقه.

ومن الضرر أن يجعل سردابه في الطريق بحيث يكون سقفه محلاً لترجرج السيارات ونحوها، فإن ذلك ضرر عرفاً، وحق السائرين مقدم على ذلك.

قال في الجواهر: (وأما عمل السرداب في الطريق النافذ إذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضر المارة، فقد صرح غير واحد بجوازه للسيرة أيضاً، نعم لا يجوز ذلك في المرفوع إلاّ بإذنهم وإن أحكم، ومثله

الساقية من الماء، وإن لم يكن لها رسم قديم، لكن الفاضل منع من عملها في النافذ، وإن أحكم الأزج عليها، أما لو عملها بغير أزج فإنه يمنع منها إجماعاً كما في الدروس، ولكل واحد إزالتها، ولو تضرر الجار بالسرداب والساقية فالظاهر جريان البحث السابق فيها فلا يجوز فيها) انتهى.

أقول: يرد على قوله: (ولكل واحد إزالتها) ما تقدم من أن الأمور العامة لا يتمكن كل فرد من التصرف فيها إلاّ بإذن الحاكم الشرعي، فإن ذلك مثار التنازع، ولأنه حق الجميع فلا يحق لأحد التصرف، بخلاف الحاكم الشرعي الذي هو ولي الجميع، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك.

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد: (ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على أحداث روشن وشبهه على رأي، وليس لغيرهم مع إذنهم الاعتراض، ولكل من له الاستطراق فيه إزالة ما أحدثه بغير إذنه، وفي مفتاح الكرامة: لأنه تصرف في حقه بغير إذنه فكان له إزالته، ولا فرق بين أن يأذن الباقون أم لا) انتهى.

فإنه سواء في المرفوع أو في غير المرفوع كيف يتمكن أحد التصرف في حق الجميع بالإزالة، خصوصاً بعد قول مفتاح الكرامة: (ولا فرق بين أن يأذن الباقون أم لا)، فإن التعدي على الحق المشترك إنما يكون إزالته بإذن الجميع أو وليهم في الإزالة.

نعم إذا لم يكن في المرفوعة وغيرها إزالة المانع معداً في العرف تصرفاً في حقوق الآخرين لم يكن بأس بالإزالة، كما إذا وضع حجراً في طريق المسلمين فأزاله أحدهم، فإنه لا تعد الإزالة تصرفاً في حق الآخرين، وكذلك إذا ربط دابته أو أوقف سيارته أو ما أشبه في الطريق العام، فإن لكل فرد حق الإزالة

فيما إذا لم يكن من شأنه التخاصم مما يكون عرفاً من شؤون الحاكم الموضوع شرعاً لمثله.

أما مثل بناء البالوعة والسرداب في طريق المسلمين حيث يضر بالطريق فإنه ليس لواحد الحق في ردمهما، وإنما هو شأن الحاكم الشرعي لأنه الولي، فإن الردم يعد تصرفاً في حق سائر المسلمين أيضاً.

ثم إن الاختلاف في عمل السرداب ونحوه تحت الطريق هو إذا لم يكن تحت الطريق أيضاً للعامة، وكذلك نصب الساباط والعريش ونحوهما فوق الطريق، وإلا لم يجز كل ذلك، كما يتعارف الآن في جعل الطرق تحتها نفقات وفوقها جسور لمرور السيارات والقطارات وما أشبه، فإن الدليل الدال على حرمة الاستطراق لسبق حقوق المسلمين آت أيضاً في فوق الطرق وتحت الطرق.

ومما تقدم من حرمة كل من الإضرار والتصرف في حق الآخرين مما يراه العرف حقاً، يعرف أنه يلزم حمل رواية الدعائم على غير صورة الإضرار، فقد روى عنه (صلوات الله وسلامه عليه) أنه سئل عن الرجل يطيل بناءه فمنع جاره الشمس، قال: «ذلك له، وليس هذا من الضرر الذي يمنع منه، ويرفع جداره ما أحب إذا لم يكن نظر منه إليهم»[1].

وفي رواية أخرى، عنه (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «ليس لأحد أن يفتح كوة في جداره

(١) الدعائم: ج٢ ص٥٠٥ (الطبعة الثانية بمصر).

ينظر منها إلى شيء من داخل دار جاره، فإن فتح للضياء في موضع يرى منه لم يمنع من ذلك»[1].

فإن الجمع بين الأدلة يقتضي أنه إذا لم يكن ضرر أو سبق حق جاز، وإلا فلا، وإن كان بين دارين مثلاً يجعل كوة في أعالي الجدار حيث يأتي منه الضياء والهواء بدون أن يكون مشرفاً على دار الجار، ولا أن يكون مؤذياً له، أما أن يجعل الكوة في أسافل الجدار حيث يشرف على دار الجار عند مروره ومجيئه ورواحه مما يعد تصرفاً في حق الجار أو إضراراً به، فذلك لا يجوز، والميزان العرف.

ومما تقدم ظهر وجه ما ذكره الدروس، حيث قال: (لا يجوز الغرس في الطريق، وإن كان هناك مندوحة، لأن في الزقاق قد يصطدم ليلاً وتزدحم فيها البهائم، ولأنه مع تطاول الأزمنة ينقطع أثر الاستطراق في ذلك، ويحتمل جوازه ما لم يتضرر به المارة من ذلك كالروشن والساباط) انتهى.

والظاهر أن ما أفتاه أولاً، لأن ذلك مناف لحق المارة، وأحياناً لحق الجيران.

ولو صنع السرداب في الصحراء ثم صار طريقاً فالظاهر تقدم حق السرداب، فإن تعارض الطرفان فصل بينهما الحاكم الشرعي بالصلح القهري، وقد ذكرنا وجه مسألة الصلح القهري في بعض أبواب الفقه.

وكذلك بالنسبة إلى ما لو زرع الأشجار فيما لم يكن طريق ثم صار طريقاً، أو أحدث نهراً أو ساباطاً أو ما أشبه، وكذلك إذا كان سرداباً لا يضر الطريق لمرور الدواب، ثم جاء دور السيارات فصار سقف السرداب خطراً على السيارات، إلى غير ذلك من الأمثلة، والمعيار هو تقدم أحد الحقين على الآخر إلاّ في مورد التزاحم

---

(١) الدعائم: ج٢ ص٥٠٥ (الطبعة الثانية بمصر).

والتعارض، حيث يصلح بينهما الحاكم الشرعي بالصلح القهري.

وأحياناً يكون الصلح بإعطاء الحاكم الشرعي ثمن السرداب وما أشبه، كما قد يكون أحياناً بجعل طريق آخر لمرور الدواب والسيارات ونحوهما.

وكما يقال في السرداب والطريق والعريش، يقال بالنسبة إلى العمارات العالية المزاحمة لطيران الطائرات، حيث الخطر على الجانبين، أو على أحدهما، فإن اللازم مراعاة الحق السابق، فإذا تعارض الحقان جعل الحاكم بينهما صلحاً قهرياً إذا لم يمكن الحل إلاّ بذلك، وإلا قدم الحل الآخر الذي فيه رضا الطرفين، لأن الصلح القهري قسر وهو لا يجوز ما دام يمكن العمل بالرضا.

وحال الدكة في الطريق وإيقاف السيارة والدابة وما أشبه كما ذكرناه، وقد ألمعنا إلى جملة من ذلك في كتاب إحياء الموات.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (وعلى كل حال، فلو كانت الرواشن والأجنحة وما شاكلها مضرة وجب إزالتها على الواضع الغاصب، وعلى كل قادر على رفع المنكر ولو بإلزام الغاصب الواضع بذلك، إذ لا يجب على غيره الإزالة، لأنه لا تزر وازرة وزر أخرى) انتهى.

وقد عرفت أنه لازم على الحاكم، لا على سائر الناس من باب رفع المنكر، نعم الغاصب إن تمكن من الإزالة بدون إضرار وجب عليه، أما إذا كانت الإزالة أيضاً إضراراً رجع إلى الحاكم الشرعي، والحاكم الشرعي الذي يزيل أو غيره ممن جاز له الإزالة يأخذ أجرها من الغاصب لدليل «لا ضرر»، فليس على بيت المال دفع ذلك، وإن كان معداً لمصالح المسلمين. ولو سببت الإزالة الضرر على الجيران أو المارة ضرراً مادياً، تحمله الغاصب أيضاً، للدليل المذكور.

ثم الظاهر أنه لا يلزم العلم بالضرر، بل يكفي احتمال الضرر احتمالاً عقلائياً، لأن دليل «لا ضرر» يشمل مثل ذلك، ولذا يمنع عن السفر إذا كان فيه خوف الضرر، ويستدل على ذلك بدليل «لا ضرر»[1]، كما إذا كان المسافرون في كل عشر سيارات تسقط سيارة منهم في الهوة مما يوجب تلف جميع الركاب، فإن الذهاب فيه تسعة احتمالات عدم الضرر، واحتمال ضرر واحد، ومع ذلك لا يجوز مثل هذا السفر، فلا يحتاج إلى الظن ونحوه، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتب الطهارة والصلاة والصوم، بما إذا احتمل الضرر في الطهارة المائية أو الصلاة واقفاً أو الصوم إلى غير ذلك، ولذا ذكر الفقهاء خوف الضرر في المقام الذي يجتمع مع الظن والشك والاحتمال إذا كان الاحتمال عقلائياً، نعم في الاحتمال غير العقلائي لا يكون خوف الضرر، وإن خاف فرد خوفاً شخصياً لوسوسة أو ضعف نفس أو ما أشبه، اللهم إلاّ إذا وصل إلى حد الحرج.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو كان ضررها بأن أظلم بها الطريق على وجه ذهب الضياء منه أصلاً، فإنه لا خلاف ولا إشكال حينئذ في أنه يجب إزالتها، بل في المسالك الإجماع عليه، بل وكذا إذا ذهب على وجه يضر المارة ولو ضعيف البصر منهم ولو ليلاً، لما عرفت من اعتبار عدم الضرر في الجواز، فما عن الشيخ من إطلاق عدم تأثير الظلمة في المنع في غير محله، ولعله إلى ذلك أشار المصنف بقوله: قيل: لا يجب إزالتها، اللهم إلاّ أن يريد

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح٥.

ما لا ضرر فيها على المارة، فإن وجود ظلمة ما بسببها من اللوازم) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة أنه إذا كان ضرر ولو احتمالاً، أو تصرف في حق الآخرين عرفاً لم يجز، سواء كان ظلمة ما أو أكثر، وسواء كان ضاراً لضعيف البصر أو لقوي البصر أو للدابة أو ما أشبه، للدليلين المذكورين.

ولذا قال القواعد: (أما لو كانت مضرة أو أظلم بها على الأقوى، أو كانت في المرفوعة فإنه لايجوز. وفي مفتاح الكرامة: عدم الجواز في المضرة بالمارة مما لا ريب فيه، وفي التحرير: لو كانت مضرة وجب إزالتها إجماعا، قال: وهو خيرة المختلف والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك، ثم قال: ولعل المراد بذهاب الضياء أو بعضه ما هو أعم من أن يكون في بعض أوقات المرور أو كلها، ليلاً أو نهاراً، لكل أحد أو لبعض الناس كضعيف البصر، والضرر أعم من أن يكون لخوف المعتاد أو إتلاف شيء من المارة، ولا يندفع بوضع السراج، إذ قد لا تذهب الظلمة به، وقد ينطفئ، وقد يموت ولا يفعله وارثه) انتهى.

نعم ينبغي أن يستثنى من ذلك الطريق المرفوع الخاص بجماعة، فإنهم إذا قبلوا بالضرر أو مع دفعه بوضع الضياء أو ما أشبه جاز، لأن الحق لهم، والورثة إنما يتلقون الملك منهم، فلا حق لغيرهم حتى يكون كالطريق العام الذي لا يجوز لإنسان أن يفعل الضار بإجازة عموم من في البلد مثلاً، لأن الحق ليس خاصاً بأهل البلد، بل حق الطريق ونحوه عام لمن يسكنه الآن ولمن يأتي بعد ذلك من الورثة أو غيرهم من المسافرين ونحوهم.

وحال الظلمة حال عدم نزول المطر فيما إذا جعل السقف من الزجاج ونحوه مما لا يوجب الظلمة وإنما يوجب عدم نزول المطر فيما كان المطر أيضاً فائدة عامة استحقها المارون، فلا يجوز لأحد منعها، وكذلك بالنسبة إلى الأسواق، اللهم إلاّ إذا كان العرف

يرون عدم ضرر ذلك وعدم منافاته بحق من في السوق، بل يرون أن فيه فائدة اتفق أهل السوق على ذلك، وإن لم يكن السوق خاصاً بهم، لأن السوق أيضاً من الطرق العامة، ولذا جرت السيرة قديماً وحديثاً على تسقيف الأسواق لمنعها عن الحر الشديد والبرد الشديد والمطر وما أشبه، فيختلف الحال في الأسواق عن الشوارع، أما جعل المظلات على حواشي الطريق لوقاية المارة عن الحر والبرد والمطر، فالظاهر أن ذلك ليس مما ينافي الحق، وليس مضراً بل بالعكس هو نافع، ولذا لا يرى العرف أن الحاكم أو غيره الذي يضع هذه الأمور في الطرق فعل منافياً للحقوق أو أضر بالناس.

وكيف كان، فقد علم مما تقدم وجه النظر فيما قاله الشرائع ممزوجاً مع الجواهر، قال: (ولو أحدث الأجنبي أو بعض أهلها في الطريق المرفوعة حدثاً على غير الوجه الشرعي جاز إزالته لكل من له عليه استطراق، من غير فرق بين المضر وغيره، وبين كونه في الهواء كالروشن أو في الأرض كالدكة، ولا بين وقوعه بإذن بعضهم وعدمه، بل لو بقي واحد بغير إذن كان له الإزالة، بل وللآذن ذلك أيضاً، لقاعدة التسلط، وإذن بعض الشركاء لا يجدي في المال المشترك) انتهى.

إذ لا وجه لذلك مع الاختلاف في الإذن وعدمه، فهو كما إذا أذن أحد الشريكين دخول الدار ولم يأذن الآخر، فإن المرجع الحاكم الشرعي، إذ لا وجه لتقديم أحدهما على الآخر بعد أن دليل السلطة مشترك بينهما، والحاكم الشرعي يحل الأمر بالمهاياة في مثل إذن أحدهما، أو بغير ذلك مما يكون أقل تصرفاً في السلطة، لأن الضرورات تقدر بقدرها، وفي المقام إما يجعل بينهما الصلح على البقاء، وإما يجعل بينهما الصلح على العدم إذا لم يكن الإفراز

وإلا كان الإفراز مقدّماً على ما ذكر في كتاب الشركة.

أما أن للآذن الرجوع فسيأتي الكلام في أنه فيما كان إذنه على نحو الإعارة لا على نحو اللزوم على تفصيل نذكره هناك.

(مسألة ٢): قال في الشرائع: (ويجوز فتح الأبواب المستجدة فيها) أي في الطرق النافذة.

وفي الجواهر: (سواء كانت لها باب آخر إليها أو إلى طريق مرفوع أم لا، لما عرفت من أن المسلمين في ذلك شرع سواء، ولا يقدح في ذلك صيرورة المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح في بعض الصور، لأن ذلك إنما يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق، إذ ليس لأحد دخول داره إلاّ بإذنه فلا يتحقق نفوذ الطريق، بل لو فرض تحققه لا بأس به أيضاً للأصل وغيره).

أقول: وذلك كما ذكره للأصل، ولا فرق فيه بين المسلم والكافر، لأن الكافر الذمي ونحوه أيضاً حاله حال المسلمين في أن له الاستفادة بشرائط الذمة على ما ذكروه في كتاب الجهاد، كما أن للإنسان أن يفتح دكاناً هناك أيضاً إذا لم يسبب ضرراً أو غمط حق بالنسبة إلى الجيران، لما عرفت من استثنائهما عن الجواز، بل يجوز للإنسان أن يجعل مكان داره ونحوها منفذاً آخر إلى ذلك الطريق، كما إذا هدم داره وجعله منفذاً حتى صار لذلك الطريق ثلاثة منافذ أو أربعة منافذ، منفذان سابقان ومنفذ جديد بسبب داره هذه التي هدمها آخره.

وفي دعائم الإسلام، عنه (عليه الصلاة والسلام)، أنه قال: «من أراد أن يحول باب داره عن موضعه أو يفتح معها باباً غيره في شارع مسلوك نافذ، فذلك له إلاّ أن يتبين أن في ذلك ضرراً بيّناً، فإن كان في رائغة غير نافذة لم يفتح فيها باباً و لم ينقله من مكانه إلاّ برضا أهل الرائغة»[1].

ولا فرق في جعل بعض داره دكاناً بين أقسام الدكاكين من جعله بيطرةً أو مطباً أو محل بيع البقول أو ما أشبه

---

(١) الدعائم: ج٢ ص٥٠٥.

بالشرطين السابقين.

وكما يصح جعل الباب الجديد والروشن والكوة والدكة وما أشبه، يجوز جعل بعض داره ساحة بتأخير جداره بقدر حتى يكون أمام الجدار ساحة، فإذا أعرض عنها تكون من المباحات الأصلية، وإذا لم يعرض عنها تكون له بهذه الكيفية، ثم إذا أعرض عنها بأن صارت من المباحات الأصلية لم يحق لإنسان استغلالها فيما يضر الطريق أو الجيران أو يزاحم حقوقهم على ما عرفت.

وقد ذكرنا في كتاب إحياء الموات تفصيل الكلام حول أن الإعراض مسقط للملك، ويدل عليه صحيحة حريز، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) قال: «لا بأس بلقطة العصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وأشباهه»، قال: وقال أبو جعفر (عليه الصلاة والسلام): «ليس لهذا طالب»[1].

فهو كالتعليل لأن الذي تسقط منهم هذه الأمور يعرضون عنها.

وفي رواية أخرى، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام) قال: «لا بأس بلقطة العصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وأشباهه»[2].

إلى غير ذلك من الأدلة التي تدل على أن الإعراض مسقط للملك، كما أن روايات السفينة المكسورة في البحر أيضاً تدل على ذلك.

وكيف كان، فما اعتادت الحكومات التي تسمى بالإسلامية في الحال الحاضر من المنع عن فتح باب جديد أو شباك أو كوة أو جناح أو دكان أو ما أشبه خلاف الشرع، ولا يصغى إلى كلامهم، وذكرنا في كتاب إحياء الموات أنه لا بأس بما يسبب إزعاج الجار لجاره مما كان متعارفاً وجرت عليه السيرة، فإذا كان باب داره مبتعداً عن باب دار الجار مما لا يسبب إزعاجه عند الدخول

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٦٢ الباب ١٢ من أبواب أحكام اللقطة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٦٣ الباب ١٢ من أبواب أحكام اللقطة ح٣.

والخروج، أما إذا فتح باباً آخر سبب إزعاجه لم يكن بذلك بأس إن كان على نحو المتعارف.

ثم قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (أما الطرق المرفوعة وهي التي لا تنتهي إلى طريق آخر ولا مباح، بل إلى ملك الغير وهو ملك حقيقة لأربابها الذين لهم أبواب نافذة إليها من دون من يلاصق داره، ويكون حائطه إليها من غير نفوذ فلهم سدها عن السكة والارتفاق بها كغيرها من أملاكهم، ولهم قسمتها فيما بينهم وإدخال كل منهم حصته إلى داره).

أقول: وذلك لأنه لهم أو هم مختصون به، وعلى كل حال يصح ذلك إذا رضى الجميع، وكذلك حال الذين هم في أخير المرفوعة، فإن لهم أن يفعلوا بما هو مختص بهم نحو ذلك، لأن في الأخير ليس اشتراك بين الجميع وإنما خاص بالذين هم في الأخير.

هذا، ولكن عن بعض الشافعية المنع عن سد الطريق المرفوع، لأن أهل الشارع يلتجؤون إليها إذا عرض لهم سبب من زحمة وشبهها.

وعن المقدس الأردبيلي التأمل في ملك الطرق المرفوعة لأهلها، وذكر الحدائق الوجه في ذلك بأن التصرف دليل الملك، ولكن في الشوارع لما لم يكن المتصرف متعيناً لم يترتب عليه الملك بخلاف المرفوعة.

وفي مفتاح الكرامة: قد يقال إنا نمنع أن الطريق المرفوع ملك لأربابه إذا كان مستند الملك مجرد كونه مسدوداً، وأن أبوابهم شارعة إليه وأنه محل ترددهم.

قال في التذكرة: يجوز لكل أحد الاستطراق في الطرق النافذة على أي حال شاء من سرعة وبطئ وركوب وترجل، ولا فرق بين المسلم والكافر، وأما الطرق المقطوعة فكذلك مع إذن أربابها، ولو منع واحد منهم أو منعوا

بأسرهم فالأقرب عدم المنع، لأن لكل أحد دخول هذا الزقاق كدخول الدرب النافذ، وهذا صريح في أنها ليست ملكاً، قال: وفيه إشكال، إلى آخر كلامه.

والظاهر أن الطريق المرفوع على ثلاثة أقسام:

الأول: أن كان ملك بعضهم أو جميعهم، أخرجه أو أخرجوه فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة، وفي هذه الصورة لا إشكال أنها ملكهم، لعدم وجه لسقوطه عن الملك بعد عدم إعراضهم، ومجرد جعله طريقاً لا يؤدي إلى ذلك، كما إذا جعل إنسان داره طريقاً فيما كان بين شارعين مثلاً، فإنه لا يسبب زوال ملكه، بل له أن يبنيه من جديد حتى ينقطع بين الشارعين.

الثاني: أن يكونوا قد أحيوه مع سبق الحق العام، كما إذا أحيوا دوراً حول عتبة مقدّسة كانت تلك الأراضي ممراً إلى العتبة مجيئاً وذهاباً، بحيث لم يكن إحياء الدور مزاحماً للمارة، فصار في وسطها طريق مسدود، فإنه لا دليل على صيرورة الزقاق ملكهم، بل الأصل بقاؤه لكل الناس.

الثالث: ما لم يكن القسمين السابقين، وهذا لا بعد في صيرورته ملكاً لهم، لأنه يرى عرفاً أنهم حازوه، فيشمله دليل «من سبق».

وبذلك يظهر أن تأمل المقدس الأردبيلي في محله في الجملة.

أما قول الحدائق من أن التصرف دليل الملك إلى آخره، ففيه: إن الكلام ليس في عالم الإثبات، بل في عالم الثبوت.

وبهذا يظهر أن قول الجواهر في رد من قال بأن الزقاق ليس بملك غير واضح، قال:

(لأن الطريق المرفوع إن كان ملكهم أخرجوه لهم فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة فلا إشكال، بل هو خارج عن محل البحث، وإن كان من المباحات فقد أحيوه وحازوه على هذا الوجه الخاص بهم، ضرورة كون إحياء كل شيء بحسب حاله، وهذا وإن

اقتضى كون الشارع ملكاً للمسلمين باعتبار أنه هذه الحيازة التي ليست من معين، بل المعين سلكه أيضاً على جهة العموم، تقتضي ذلك إلاّ أنه للسيرة المستمرة في العمل في الأعصار والأمصار جعل ذلك على الوجه المزبور من غير رجوع إلى إذن حاكم الشرع، بل ليس له ولا لغيره من المسلمين المنع مع فرض عدم تضرر المارة، أو يقال بعدم تحقق الحيازة التي هي الاختصاص عن الغير باستيلاء ونحوه، فلا يتحقق حيئذ الملك في النافذ دون المرفوع، ولذا قالوا إنه ملك لأربابه بخلاف النافذ)، إلى آخر كلامه.

إذ قوله (حاز على هذا الوجه الخاص بهم) إلى آخره، ليس على إطلاقه، بل قد تكون الحيازة على وجه يخصهم، وقد تكون الحيازة على وجه لهم العبور والمرور كسائر المسلمين، وهذا هو الأقرب، بل السيرة أيضاً تقتضي ذلك، لما نشاهده في أطراف الأضرحة الطاهرة من الزقاق المرفوعة التي كانت سابقاً محل عبور ومرور ثم جاؤوا وبنوا حولها دوراً، فإنهم إذا جعلوا باباً على باب الزقاق استنكره المسلمون ورأوا أنهم يتصرفون في غير حقهم.

كما أنه لا دليل على أنه لا يجوز إخراج الباب والروشن ونحوهما من البيت الذي ليس له باب في هذا الزقاق فيما إذا لم يكن ملكاً لهم، بل كان بالحيازة.

فقول الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (كما أنه لا يجوز لأحد من غير أربابها إحداث ساباط ولا باب فيها ولا جناح ولا غيره إلاّ بإذن أربابه، سواء كان مضراً أو لم يكن، لأنه مختص بهم، وكذا ليس لبعضهم أيضاً ذلك إلاّ بإذن شركائه) محل نظر، فإن الذين هم في هذا الزقاق، سواء كان لهم باب أو لم يكن لهم باب كلهم ذو حق في هذا الشيء، ولو شك فأصل الإباحة محكم.

ومنه يعلم وجه النظر في قول العلاّمة: (أو كانت في المرفوعة فلا يجوز)،

وإن علله مفتاح الكرامة بقوله: (وأما عدم جوازها لو كانت في الطرق المرفوعة فواضح، لأنها مملوكة لأرباب الأبواب فيها، فهم محصورون فلا يجوز لأحدهم التصرف فيها بدون إذن الباقين) انتهى.

إذ دليله أخص من المدعى على ما عرفت من الأقسام الثلاثة.

ثم إن المسالك قال: ومما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير إذن أربابها المرور فيها، والوجه فيه ما تقدم من الملك، والأقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال، فلو منع أحدهم حرم، أما الجلوس فيها وإدخال الدواب إليها ونحو ذلك فلا، إلا مع إذن الجميع لأصالة حرمة مال الغير بغير إذنه وانتفاء شاهد الحال فيه غالباً، نعم لو كان الجلوس خفيفاً غير مضر يتناوله شاهد الحال.

وعن الدروس: يجوز للأجنبي دخول السكة المرفوعة بغير إذن أهلها عملاً بشاهد الحال، والجلوس غير المضر بهم، ولو نهاه أحدهم حرم ذلك، انتهى.

أقول: أمّا الملك فالظاهر أنه لا يجوز أي تصرف إلاّ بشاهد الحال أو الإذن الصريح، وإذا اختلف الأرباب بأن أجاز بعضهم ولم يجز البعض كان اللازم المرافعة إلى الحاكم الشرعي، لما عرفت في بعض المسائل السابقة من تعارض السلطتين، فلا وجه لتقديم إحدى السلطتين على الأخرى.

وعليه فإطلاق ما تقدم عن المسالك وذكره غيره أيضاً من قوله: (فلو منع أحدهم حرم)، محل نظر، وأما غير الملك فلا يأتي فيه ما ذكروه إطلاقاً.

قال في الجواهر: (نعم قد يقال باقتضاء السيرة والطريقة جواز الدخول فيها والجلوس مع فرض عدم تضرر أهلها، وعدم اعتبار المساواة في استطراق أربابها قلة وكثرة منه أو من اتباعه والمترددين إليه، بل قد يقال بحصول الإذن

شرعاً، وإن كان فيهم مولى عليه من طفل أو غيره، بل يمكن القول بذلك حتى مع منع بعضهم، ويمكن أن يريدوا بشاهد الحال تلك الإذن الشرعية، وظاهرهم الحرمة بمنع أحد منهم، وإن أذن له من أراد دخوله إليه، بل وإن كان أضيافه وأتباعه، بل مقتضى ذلك أن لبعضهم منع الآخر أيضاً، إلى غير ذلك من الأحكام المترتبة على الشركة الحقيقية المعلومة بالسيرة خلافها) انتهى.

وما ذكره هو مقتضى القاعدة، ويمكن أن يستدل له بأن الحيازة لم تكن إلاّ على هذا الوجه، فلا حق لبعضهم في منع البعض الآخر أو أضيافه أو ما أشبه ذلك، فلا حاجة إلى الإذن الشرعي، اللهم إلاّ أن يريد بالإذن الشرعي ما يستفاد من دليل «من سبق» ونحوه، لا إذن شرعي من حاكم، بل إذن شرعي هو على طبق الأصل.

وفي مفتاح الكرامة بعد أن نقل عن العلاّمة جواز الدخول بسبب الآيات المستندة إلى قرائن الأحوال، فإذا عارضه نفس المنع عمل به، وأما الجلوس وإدخال الدواب إليها فالأقوى المنع إلا مع إذن الجميع، قال: (وأنت خبير بأن اعتماد جميع الناس على هذه الآيات مشكل، لأن كل أحد يدخل هذا المرفوع من غير إذن أهله ويقف فيه ويدخل إليه أحماله ودوابه ويبيع فيه التبن والحشيش، ولو لم يكن سائغاً لورد المنع عنه ولو عن بعض العلماء، ولو كان ذلك لنقل إلينا بالعادة، بل لو كان ملكاً لما جاز لبعض أهلها ذلك إلاّ برضى الجميع، لما شددوه في التصرف في المال المشترك من دون إذن الشريك، ولو توقف على إذنهم للزم الحرج العظيم، بل لو كان موقوفاً على إذنه والذهاب إليه فيه لدار، بل قد يصرح بعضهم بالمنع، ولا يرد ذلك لو كان مملوكاً لهم بوجه شرعي) انتهى.

وكلامهما جيد، إذ المنع محتاج إلى الدليل، بعد أن كان الأصل والسيرة

على الجواز، وإن كان فيه بعض المناقشة.

قال في الشرائع: (وكذا لو أراد فتح باب لايستطرق فيه دفعاً للشبهة).

وفي المسالك: أي لشبهة استحقاقه للمرور فيه بعد تطاول الزمان، فإنه إذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق المرور لأنه وضع له، وبهذا حصل الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط جملة، فإن الثاني جائز دون الأول، لأن رفع الحائط لا يستدعي استحقاق المرور بوقت من الأوقات، إذ ليس فيه دلالة عليه بخلاف الباب، ولا فرق في هذا الحكم بين الذي لا حق له في الطريق المذكور، كالجار الملاصق لها بحائطه، وبين من له باب فيها إذا أراد إحداث باب آخر أدخل من بابه لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح فيه الباب، ويحتمل ضعيفاً الجواز كما سيأتي.

أقول: يأتي الكلام هنا في الصور الثلاث المتقدمة التي:

أولاها: أن يكون الطريق لهم جميعاً بالملك، وهذا لا ينبغي الإشكال في جواز فتح الباب إذا لم يكن زائداً على حقه بالنسبة إلى الأمر المشترك، فإن الأمر المشترك لكل واحد حق فيه بقدر حق الآخر، ولا يصح لأحدهم الزيادة على حقه، فإذا أراد فتح باب أو بابين أو ما أشبه زائداً على أبواب الآخرين كان له الحق إذا لم ير العرف أنه يتصرف في المشترك أكثر من حقه، وإلا لم يجز على القواعد الأولية.

والثانية: ما ذكرناه من أمثال الأزقة حول حرم المعصومين (عليهم الصلاة والسلام)، وهنا أيضاً ينبغى القول بالجواز، إذ لا وجه لعدم الجواز بعد أن عرفت تساوي الناس فيه على الأصل.

الثالثة: ـــ والظاهر هي مراد من ذكر هذا الفرع ـــ أن يستملكوا الزقاق بالإحياء في أطرافه ببناء الدور وما أشبه، وفي المقام لا إشكال في فتح الباب

الأقرب إلى رأس المرفوعة بالنسبة إلى من له في المرفوعة الباب، لأنه ليس تصرفاً في حق الآخرين، وإنما الكلام في فتح باب أدخل، أو فتح الباب لمن لا باب له، ودليل المشهور على المنع أصالة العدم، ولأنه ملك لغيره فلا يجوز له التصرف فيه، وللشبهة، كما ذكره الشرائع وغيره.

وقد قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعاً للشبهة: كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإيضاح والإرشاد وشرحه لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك، وهو الذي يقتضيه إطلاق الغنية، وقد نفى عنه الخلاف.

وقال في الكفاية: مرادهم بالشبهة ما قاله في المبسوط من أن فتحه في الجملة دلالة على الاستطراق، وثبوت الحق في ذلك الزقاق، وخصوصاً إذا مضى عليه مدة وماتت الشهود فكان فيه مفسدة، من غير فرق بين الذي لا حق له في الطريق المذكور كالجار الملاصق له بحائطه، وبين من له باب فيها إذا أراد إحداث باب أدخل من بابه، لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح فيه الباب.

ولا يخفى ما في الأدلة المذكورة من النظر، إذ كون الأصالة المنع غير ظاهر بعد كون الأصل الجواز، فإنهم لما أحيوا الأرض كان لكل واحد منهم أن يجعل بابه أدخل وغير أدخل، وأن يفتح بابين وأكثر وأقل، فهذا الأصل مستصحب إلى أن يعلم المزيل ولا علم بالمزيل، وكذلك بالنسبة إلى ذي الحائط الذي لم يحدث فيه باباً، فإنه أي فرق بين أن يحدث في أول الأمر الباب أو يحدث بعد ذلك.

وبذلك يعرف وجه النظر في الدليل الثاني، وهو أنه ملك لهم فلا يجوز

لأحد منهم التصرف في ملك الآخرين، إذ يقال: إن الملك إنما كان بقدر لا بحيث لا يحق لصاحب الحائط أو لصاحب الباب أن يحدث باباً أو باباً أدخل، فمن أين أن الملك صار هكذا، وإذا شك في تقيد الملك بذلك كان الأصل العدم، لأن الملك الأضيق يحتاج إلى دليل آخر غير الملك الأوسع، بل مقتضى ما ذكروه أنه لا يجوز أن يجعل بابه أكثر عرضاً بما يكون أدخل، ولو بمقدار نصف شبر أو أقل، مع أن هذا الشيء مما لا يمكن القول به.

ومن هنا قال في الجواهر: (لكن قد يقال: إن ذلك كذلك إلاّ أنه لا دليل على جواز منعه بذلك، لإمكان التحرز عن ضرر هذه الشبهة بالطرق المعدة لمثل ذلك، وليس كل ضرر يكون على الغير بالتصرف في الملك يجب تركه، قال: ومن هنا لا خلاف في أنه يجوز فتح الروازن والشبابيك إليها، بل إلى دار الجار للاستضاءة بها أو لغيره مما لا يحرم عليه مع عدم الإذن، بل مع النهي لعموم تسلط الناس على أموالها، نعم للجار وضع شيء في ملكه يمنع الإشراف عليه، وإن منع الضوء) انتهى.

لكن قد تقدم الفرق بين فتح الروازن والشبابيك في أسافل الحائط بما يكون تصرفاً في حق الآخرين عرفاً، أو في أعالي الحائط بما لا يعد تصرفاً في حق الآخرين إذا لم يكن محذور، كما إذا كان الجار لا يرضى بفتح الشباك في أعالي الحائط باعتبار أن كلام زوجته وأهله يسمعه الجار إذا فتح الشباك، وذلك شيء مرغوب عنه، ويعد حقاً للإنسان عرفاً، وكذلك إذا كان الجار الذي يريد فتح الشباك في أعالي الحائط يدخن في بيته وما أشبه مما يسبب الشباك دخول الدخان أو الرائحة الكريهة من الدباغة ونحوها إلى داره، فإن هذا يعد تضييعاً لحق الجار وتصرفاً في شأنه فيمنع عن مثله، ولا فرق بين الأمور المذكورة

إيجاباً وسلباً بين الدارين والدكاكين والمعملين والمختلفين إلى غير ذلك، لوحدة الملاك في الجميع.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا كان سرداب في الطريق المرفوعة، ويريد صاحب السرداب أن يفتح شباكاً أو باباً في سقف السرداب لأجل النور والهواء أو لأجل إدخال البضائع، وكذلك إذا كان في الدرب المرفوعة سقف هو أرض لغرفة ذي الغرفة ويريد فتح روازن إلى الدرب أو فتح باب لإصعاد البضائع منه إلى الغرفة، فإن كل ذلك جائز إلاّ إذا كان ضرراً للآخرين، أو منافياً لحقوقهم عرفاً، فيشمله «لا يتوى حق امرئ مسلم».

ومنه يعلم حال ما إذا أراد أن يفتح من الشارع درجاً إلى فوق أو إلى السرداب، حيث إن ذلك جائز إلاّ إذا سبب الضرر أو نافى حق الآخرين.

ثم قال الشرائع: (ومع إذنهم لا اعتراض لغيرهم).

وفي الجواهر: (لا إشكال في الجواز، فإنه لا حق للغير الخارج في الاعتراض على ما يفعلونه هم أهل السكة المرفوعة، وهو كما ذكروه لأن الغير ليس بذي حق حتى يمنع إلاّ إذا منع الحاكم الشرعي كما تقدم تفصيل الكلام فيه).

وفي القواعد: (وإذنهم إعارة يجوز الرجوع فيها).

وفي مفتاح الكرامة قال: (كما في الغنية والتذكرة والدروس والمسالك، وفي الثاني نفي العلم بالخلاف، فيجوز له الرجوع فيه لكل واحد منهم متى شاء، وتبطل بموته وخروجه عن التكليف بإغماء أو جنون، وهل يجب عليه الأرش، لأنه سبب في إتلاف مال الغير أم لا، وجهان) انتهى.

وأيده في الجواهر بقوله: (الظاهر كون ذلك كالعارية يجوز لكل الرجوع

عن ذلك، بل تبطل بالموت والخروج عن التكليف بالجنون والإغماء ونحوهما) انتهى.

لكن يمكن أن يقال: إنه فرق بين قصد الإذن أن يعطي على نحو العارية أو على نحو الهبة، إذ لا فرق بين العين والحق في تمشي الأمرين فيهما، فإذا قصد الهبة أتت مسائل الهبة التي تسترجع أو لا تسترجع على تفصيل مذكور هناك، أما إذا كان على نحو العارية فله حق الرجوع، ولو شك في أنه قصد أيهما فهو المرجع، ولو اختلفا كان من مورد التحالف لعدم الجامع.

لكن ربما يقال: إن الأصل مع العارية لا مع الهبة، لأن الهبة إزالة الملك بالإضافة إلى جواز تصرف الطرف فيه، بينما العارية ليس فيها إزالة الملك، فإذا شك في إزالة الملك كان الأصل العدم، وعليه فإذا مات أو جنّ أو ما أشبه وشك الآخذ كان مقتضى القاعدة الإرجاع، فتأمل.

ثم في التذكرة: له الأرش للسببية في إتلاف المال على إشكال.

وفي الجواهر: لعل كلام التذكرة لإمكان منع التسبيب بعد فرض كونها عارية من حكمها جواز الرجوع بها، اللهم إلاّ أن يقال: إنه لم يعلم جواز الرجوع بها مجاناً لقاعدة الضرر.

والحاصل: إن وجه الأرش هو أن الإذن سبب ضرر المأذون، فعليه أن يتحمل الخسارة، ووجه عدم الأرش أن مقتضى العارية الاسترجاع، فما فعله الآخذ لم يكن ضرره على المعير، وإنما ضرره على نفسه لأنه أقدم على ذلك، كما إذا أعار آنيته لغيره فملأ ذلك الغير الإناء بالماء، ثم أراد استرجاعه وكان إفراغ

الآنية من الماء يسبب أجرة ونحوها على المستعير، فإن الواجب على المستعير إرجاع الآنية، ويكون الضرر على نفسه، لأنه أقدم في ملئه الماء الموجب لضرره إذا أراد استرجاعه، فهو مقدم على ضرر نفسه، لا أن المعير أضره.

هذا وربما يقال: إن العرف يرون أن الإجازة هبة لا عارية حتى إذا مات أو أغمي عليه بطل ووجب الإرجاع بسد الباب ونحوه، أو يقال: إن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، وعلى أي حال ففتواهم بذلك جزماً محل نظر.

قال في الشرائع: (ولو صالحهم على إحداث روشن، قيل لا يجوز لأنه لا يصح إفراد الهواء بالبيع، وفيه تردد).

وفي القواعد: (ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على إحداث روشن وشبهه على رأي حكاه مفتاح الكرامة عن السرائر والتحرير والتذكرة والإيضاح والحواشي والدروس وجامع المقاصد والمسالك).

وعن التذكرة إنه أظهر عندنا، واشترط في الدروس تعيين المدة وجعله في التذكرة أولى، ولا نجد له وجهاً إلا جعله فرع الإجارة، وشرط في التحرير كونه معلوم القدر في الخروج والعلو، والمخالف الشيخ في المبسوط والقاضي فيما حكي عنه وابن زهرة نافياً فيه العلم بالخلاف، قالوا: لا يجوز لأن فيه إفراد الهواء بالبيع وهو مبني على أن الصلح فرع البيع، ومعناه أن الهواء تابع لا يفرد بالمال صلحاً كما لا يفرد به بيعاً.

أقول: مقتضى القاعدة أنه يصح البيع كما تصح الإجارة والصلح والهبة وما أشبه من المعاملات الجارية على سائر الأمور، لأن منتهى الأمر أنه حق، والحق أيضاً يقابل بالمال، وقد ذكرنا في أول البيع أنه كما يجوز بيع العين يجوز بيع الحق أيضاً.

وفي مفتاح الكرامة: قد تسالمت الخصومة على خلاف ما في المسالك من جواز بيع الهواء منفرداً.

ومقتضى القاعدة هو الجواز، لأنه لا وجه لعدم الجواز بعد شمول الإطلاقات له وأنه عقلائي، خصوصاً في مثل هذه الأيام حيث تبنى الأرض طوابق، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في مبحث إحياء الموات، ولذا أشكل في كلتي مقدمتي الشيخ للمنع الجواهر، حيث إن الشيخ بنى المنع على عدم صحة إفراد الهواء بالبيع، وعلى كون الصلح فرع البيع، فقال في الجواهر: (المقدمتان ممنوعتان للعمومات، خصوصاً عمومات الصلح المقتضية جوازه وإن قلنا بعدم إفراده بالبيع).

ثم إن ما ذكره الدروس: من أنه لو صولح بعوض لزم تعيين المدة، وجعله في التذكرة أولى، لا يتم فيما إذا كان الصلح مطلقاً بمترلة البيع والهبة ونحوهما، أما إذا كان بمترلة الإجارة لزم، ولذا قال في الجواهر بعد نقل كلامهما: (فيه منع اعتبار المدة في الصلح عنه المراد به نقله نفسه إليه، نعم لا إشكال في اعتبارها لو أريد منه القائم مقام الإجارة مثلا، ولو فرض الإذن منهم على إنشاء التمليك له مجاناً أو بعوض ملكه ولكل حكمه، ضرورة كون الفضاء ملكاً كسائر الأملاك فيجري عليه جميع أحكامها) انتهى.

ثم إن مرادهم من الصلح مع أرباب المرفوعة الذين لهم الحق، لأن كل صاحب باب إنما له الحق إلى بابه، لا إلى بعد ذلك على إشكال، فإذا فتحه صاحب الباب الأخير في أخير المرفوعة بعد باب داره لم يحتج إلى إذنهم، وإن أراد صاحب الباب الأول الفتح قبل بابه احتاج إلى إذن الجميع.

والحاصل: إن العقد ليس مشتركاً بين الكل مطلقاً، إنما كل قطعة منه مشتركة

بين بعضهم دون بعض.

ومنه يعلم حال وضع باب آخر بالنسبة إلى أخير الأبواب، حيث يجوز له أن يجعل باباً آخر بعد باب داره، لأن بعد باب داره لا حق لغيره فيه على ما ذكروا، وإن قد عرفت الإشكال فيه.

قال في مفتاح الكرامة: (والحاصل أن الأدخل مختص بما بين البابين، وهما شريكان في الطرفين، وقالوا: إنه يجوز لكل من الأدخل والأقدم إخراج بابه مع سد الأول وعدمه لا الإدخال، بل احتمل في التذكرة والكتاب جواز الإدخال، وقضية كلامهم الأول أن هذا الروشن المحدث إن كان خارجاً عن جميع الأبواب فهو حق لهم أجمع، وإن كان داخلاً عن بعضها لم يتوقف على إذن الخارج، لأن ما بين البابين مختص بالداخل، فإنما يتوقف على إذنه فقط، وقضية كلامهم الثاني أنه يجوز لأحدهم إخراج الروشن ونحوه من دون إذن) انتهى.

ثم إنه كما تصح المصالحة على ذلك تصح غيرها كما تقدم، ولو تركها صاحب الدار بما يسقط ملكه عنها، لأن الإعراض مسقط للملك، أو ارتد مثلاً بأن صار من المباحات الأصلية لعدم وارث ولا احتياج الإمام، صح تملك كل أحد له كما هو شأن كل مباح.

ثم إنه قال في مفتاح الكرامة: (ويبقى الكلام فيما إذا جعل بعضهم داره مسجداً أو مدرسة أو رباطاً، فإن المسلمين كلهم يستحقون التردد إلى هذه وهم غير أهل السكة، فهل لهم الاعتراض مع رضا أهل السكّة، وهل لهم إزالة ما أحدث بغير إذنهم إذا لم يكن مضراً، في المسألتين احتمالان).

أقول: الظاهر جواز ذلك، لأن الإنسان يفعل في ملكه ما يشاء، وقد تقدم أنه لا دليل على تملك أهل الزقاق له في غير الملك بحيث ينافي ذلك، بل وقامت

على ذلك السيرة، فإنا نجد أن المسلمين في الزقاقات المرفوعة يقفون بيوتهم مساجد ومدارس وما أشبه ذلك.

وذِكرُه المسلمين من باب المثال، وإلاّ لو وقفه شيئاً يتردد فيه غير المسلمين كالمستشفى والمستوصف ودار العجزة ودار الأيتام وما أشبه كان ذلك جائزاً أيضاً.

كما أنه قد تقدم أن له الحق في أنه يهدم داره ويجعل الطريق المرفوع غير مرفوع، أمّا العكس بأن يجعل الطريق النافذ مرفوعاً ببناء دار فإنه غير جائز، لأن الطريق لكل المسلمين.

نعم ذكرنا في كتاب إحياء الموات أنه إذا انحرف الطريق عن هذا المسير بحيث سقط عن الموضوع التحق بالمباحات الأصلية وجاز ذلك.

(مسألة ٣): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: ولو كان للإنسان داران مثلاً، باب كل واحدة منهما إلى زقاق غير نافذ جاز أن يفتح بينهما باباً فضلاً عن النافذين، بل يجوز فتح باب ذات الشارع إلى ذات السكة فضلاً عن العكس، كل ذلك للأصل وقاعدة التسلط وأولويته من رفع الجدار الحائل بينهما وجعلهما واحدة الجائز له، إجماعاً في جامع المقاصد، وقولاً واحداً في التذكرة.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: ولذي الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما: (كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والمسالك ومجمع البرهان، لأنه يستحق المرور في كل واحدة من السكتين، ورفع الجدار الحائل بين الدارين وجعلهما داراً واحدة جائز بلا خلاف كما في المبسوط، أو إجماعاً كما في التذكرة وجامع المقاصد، ففتح باب من إحداهما إلى الأخرى بطريق أولى، إذ هو عبارة عن رفع بعض الجدار فليس لواحد من أهل واحدة من السكتين منعه.

ولا يقال: إن أهل تلك الدار لا حق لهم في المرور من هذا الزقاق، فكيف يأتون من هذا الزقاق بسبب رفع الحاجب.

لأنه يقال: إنهم ليسوا بأسوء من الضيف ونحوه مما يجوز، والعمدة أنه لا دليل على المنع، وقد عرفت أن معنى ملك أهل الزقاق للزقاق شيء لا ينافي أمثال هذه الأمور، كما لا ينافي أمثال جعل الفاتحة أو الحفلة أو الوعظ أو ما أشبه في الدار مما يتراود بسببها الناس إلى الدار، كما لا ينافي حق أهل الزقاق إيجار داره لعائلة ولو كانوا أكثر من عائلة أهل الدار أو هبتها لهم أو بيعها أو ما أشبه من سائر أنحاء المعاملات.

ومنه يعلم أن إشكال بعض الشافعية في ذلك بسبب أن رفع الجدار يثبت له حق الاستطراق من الدرب الذي لا ينفذ إلى دار لم يكن لها طريق منه وذلك

ربما أدى إلى إثبات الشفعة في قول من أثبتها في الطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق أخرى، غير تام، ولذا كان المحكي عن العلامة في التذكرة أنه قال: إن قول هذا الشافعي غلط، لأن له رفع الحاجز بالكلية ورفع بعضه أولى، والمحذور لازم فيما إذا رفع الحائط مع أنه لا يبطل حق الشفعة) انتهى.

أقول: أما حق الشفعة فالحكم تابع للموضوع، فمتى تحقق الموضوع تبعه الحكم، ولا مانع في ذلك.

ومما ذكرنا يظهر وجه النظر والتأييد في كلام الجواهر حيث قال: (قد يقال: إن الفتح المزبور وإن لم يفد الحق المذكور إلاّ أنه يورث شبهة في الاستحقاق نحو الباب المفتوح لغير الاستطراق الذي قد سمعت تصريحهم بالمنع منه، اللهم إلاّ أن يمنع دلالتها على ذلك، بخلاف فتح الباب في الطريق، وعلى كل حال كما في الدروس عن ظاهر الشيخ من اشتراك أهل الزقاقين في الدرب من الجانبين فتبطل حينئذ شفعة كل منهما بالكثرة، أو تثبت بناءً على ثبوتها معها، لا وجه له مع فرض كون المراد من أهل الزقاقين أي ذيهما ما يشمل من فتح باباً لداريه المتلاصقتين اللتين لكل منهما زقاق، لما عرفت من عدم اقتضاء فتح الباب ذلك، نعم لو كانت دار واحدة لها طريقان للزقاقين اتجه حينئذ ما ذكره وتثبت الشفعة له ولهم مع فرض تحققها مع الكثرة والشركة في الطريق، فقد يكون لكل من أهل الزقاقين الشفعة في الدار ذاتها إذا بيعت مع الطريقين) انتهى.

وقد فصل الكلام في جامع المقاصد ومفتاح الكرامة حول ذلك فراجعهما.

ومما تقدم يعلم أنه يصح لصاحب الدار الواحدة التي طرفاها في زقاقين

في طرف منها باب إلى الزقاق دون الطرف الآخر أن يفتح الباب في الزقاق الآخر أيضاً، سواء قسم الدار دارين أو أبقاها داراً واحدة.

وذكرهم الدار والبابين من باب المثال، وإلا فكذلك حال الدكانين والفندقين وما أشبه.

كما أن الأمر كذلك بالنسبة إلى فتح باب ثالث في زقاق ثالث وهكذا.

(مسألة ٤): قال في الشرائع: ولو كان في زقاق بابان أحدهما أدخل من الآخر، فصاحب الأول يشارك الآخر في مجازه، وينفرد الأدخل بما بين البابين، ولو كان في الزقاق فاضل إلى صدرها وتداعياه فهما فيه سواء).

وقال في القواعد: (وينفرد الأدخل بما بين البابين ويتشاركان في الطرفين).

وفي مفتاح الكرامة: (أما أن الأول ينفرد بما بين البابين فهو المشهور، كما في التذكرة والمسالك وجامع المقاصد، مع زيادة في الأخير وهي أن عليه الفتوى، وفي الدروس عليه متأخروا الأصحاب، وهو الاشهر كما في الكفاية، ولكن قوى في الدروس مشاركة الأدخل فيما دخل عن بابه لاحتياجه إلى ذلك عند ازدحام الأحمال ووضع الأثقال، وفي مجمع البرهان أنه الظاهر، ونظر فيه في جامع المقاصد بأنه لا يلزم من الاحتياج الشركة وإنما المقتضي للملك هو الإحياء، فإذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجه) انتهى.

والظاهر هو ما قواه في الدروس، لأنه لا دليل على أن ما بين البابين يكون ملكاً للثاني فقط، إذ الدليل الذي استدل به المشهور غير ظاهر الوجه، فإنهم استدلوا لكون ما بين البابين للأدخل بأن المقتضي لاستحقاق الخارج واستطراقه نهايته بابه، فلا يشارك الداخل في الداخل، لأن حكمه بالنسبة إلى هذا الزائد على بابه حكم الأجنبي، ومن المعلوم أن مثل هذا الدليل لا يقاوم إطلاق «من سبق» فإن كلا صاحبي البابين قد سبق إلى إحياء هذه السكة فكلاهما شريك في الجميع.

ويؤيده ما ذكروه من الدليل للقسم الثاني من المسألة وهو تشاركهما في الطرفين، فإن تشاركهما في الطرف الأول واضح، وأما أنهما يتشاركان في الطرف الثاني فهو المشهور، كما عن التذكرة والمسالك وغيرهما، وقد

عرفت أن الشرائع صرح بالمشاركة، وكذلك نسب المشاركة إلى التحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك، واستدلوا لذلك باشتراكهما في الارتفاق فلا أولوية لواحد على غيره، قالوا بخلاف ما بين البابين، لأن أدخلية الباب تقتضي الاستطراق وهو مختص بالمستطرق ويتحقق الترجيح، ومن الواضح أنه لو كان الطرف الأدخل مشتركاً فبالطريق الأولى يكون بين البابين مشتركا.

أما استدلالهم لكون الطرف الداخل بعد الباب الثاني لهما، بأن كليهما لا يحتاج إليه فلا أولوية للأدخل من غيره، فلا يخفى ما فيه، إذ الاحتياج وعدم الاحتياج ليس مناطاً، فلو كان الإحياء منهما لكل الطريق فكل الطريق لهما، وإن كان الإحياء من كل واحد إلى حد بابه فالفضلة خارج عنهما.

ولقد أجاد الجواهر، حيث قال: (التحقيق بناء ذلك على اشتراك الجميع في الجميع الذي قواه في الدروس، ويؤيده ظهور اتحاد كيفية إحياء الطريق المرفوع والطريق العام، فكما أن اتخاذ جملة من المسلمين طريقاً على جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كافة حتى لمن لم يستطرقه منهم، لأنه وقع ممن وقع بعنوان الجميع، كذلك الطريق الخاص الذي اتخذ طريقاً إلى دورهم على جهة الاشتراك بينهم في سائر وجوه الارتفاق التي منها الاستطراق إلى الدار، فكل منهم قد اتخذه لجميعهم على هذا الوجه، ولذا كان بينهم أجمع على الشركة، ومفتاح الكرامة وإن أشكل في دليل المشهور، لكنه لم يتمكن من خلافهم، قائلاً: للمناقشة في دليلهم مجال، ولكن الخروج عما عليه الأصحاب مشكل جداً، وذكر وجه المناقشة قبل ذلك، وأنه قد يقال: لو كان ما استدلوا به من الاستطراق دليلاً للملك لكان الفاضل في آخر المرفوعة ملكاً للآخر فكيف يقولون بأنه مشترك) انتهى.

ومنه يعلم أن الطريق لو كان واسعاً وكانت الأبواب متقابلة لا يختص كل

إنسان بالطرف الذي إلى بابه طولاً، وإنما كل الطريق لكلهم، وذلك لما تقدم عن الجواهر من كيفية الإحياء فلا حق مثلاً لصاحب الباب الشرقي أن يمنع صاحب الباب الغربي من أن يمر في نصف الطريق الأقرب إليه، وكذلك بالعكس.

ثم الظاهر من المسالك الميل إلى ما ذكره الدروس حيث قال: (وقيل: يشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها لاحتياجهم إلى ذلك عند ازدحام الأحمال ووضع الاثقال، ولأن اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر بعيد بل متعسر، والمتعارف الاحتياج حوله إلى حمله من الداخل، وإن قلت كالقول بالاقتصار على ما حاذى الباب وما خرج ليس بجيد، وقوى في الدروس الاشتراك في الجميع) انتهى.

ويؤيد عدم اختصاص ما بين البابين بالداخل إنا نرى معاملة أصحاب الأبواب معاملة واحدة، سواء بالنسبة إلى الطرفين أو بالنسبة إلى ما بين البابين، فأطفالهم يلعبون في كل أجزاء العقد، وهم أيضاً يقعدون متسامرين، إلى غير ذلك حتى أنه لو قال صاحب الباب الأدخل لصاحب الباب الأقرب إلى رأس الطريق أنه لا حق لك في الجلوس أو لأطفالك في اللعب أو ما أشبه ذلك رأوه العرف يدعي ما ليس له بحق.

ولا يخفى أن هذا النزاع إنما يكون فيما إذا لم تكن الطريق لهم جميعاً قبل الإحياء، ولم يكن مثل ما ذكرناه في بعض المسائل السابقة من قبيل إحياء أطراف قبر المعصومين (عليهم الصلاة والسلام)، وإلا فاشتراك الجميع في الجميع بالاستفادة في الثاني وبالملك في الأول هو مقتضى القاعدة من دون نزاع.

أما ما تقدم عن الشرائع في الفرع الثاني بقوله: (وتداعياه) فالظاهر أنه من باب المثال، إذ ليس المعيار التداعي، وإنما الكلام في أصل المسألة بأنه هل حق لهما

أم لا، سواء تداعياه أو لم يتداعياه، فإن التداعي وعدم التداعي في مقام الإثبات، والكلام في مقام الثبوت.

نعم لو ادعاه أحدهما وأنكر الآخر وقال بالاشتراك، احتاج مدعي الاختصاص إلى البينة، وإلا حلف المنكر حسب موازين الدعوى.

ومنه يعرف الكلام في الصدر وما بين البابين وفي الفضلة فيما إذا كان هناك عمود كهرباء أو نحوه في آخر الزقاق، واختلفا في السلك أو لم يختلفا أيضاً على ما ذكرناه، وكذلك إذا مد أنبوب الماء أو الغاز أو ما أشبه من تحت الأرض أو فوقه إلى آخر الزقاق، فإنه لا دليل على أن الأول مشترك وما بين البابين مختص بالأدخل والأخير مشترك أيضاً، بل مقتضى القاعدة اشتراك الجميع في الجميع.

ثم إنه لا فرق بين تساوي البابين أو ارتفاع أحدهما وانخفاض الآخر، بأن تكون هناك درج يصعد منها إلى الباب والباب يكون عالياً للشق الفوقاني أو نازلاً للشق التحتاني، والباب الآخر باب للدار، أو أن يكون أحد البابين أرفع والباب الآخر أنزل بسبب ارتفاع إحدى الدارين وانخفاض الدار الأخرى، كما يتفق ذلك كثيراً في البيوت القديمة، حيث يرفع أحدهما بابه لترفيع مستوى داره بالتعمير، بينما يبقى الباب الآخر منخفضاً لانخفاض داره.

ولا فرق في ذلك كله بين أن يكون الفضلة مستقيمة أو منحرفة بأن كانت الفضلة ملتفة على الدار الداخلة.

ولو كانت الفضلة ملكاً للأدخل سابقاً، بأن بنى في أرضه دوراً وباعها مثلاً، وجعل الدار الأدخل لنفسه، وشككنا في أنه هل جعل الفضلة للجميع أو باعها لبعضهم أو لم يبعها وإنما بقيت ملكاً له، فالاستصحاب يقتضي بقاء الملك.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فيما ذكره غير واحد كما في الشرائع، من أنه

يجوز للداخل أن يقدم بابه إلى الخارج، وكذا الخارج، ولا يجوز للخارج أن يدخل بابه وكذا الداخل، والمراد بالداخل بالنسبة إلى الأدخل الذي هو خارج في القياس إليه، وذلك لما في الجواهر من أن ذلك كله مبني على اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه، ومشاركته فيما خرج، فيجوز للداخل إخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق إلى بابه، فكل ما خرج عنه له فيها حق، وله حق التصرف في جداره برفعه أجمع فبعضه أولى، وليس كذلك بالنسبة إلى الخارج إذا أراد إدخال بابه، أو الداخل إذا أراد أن يجعل بابه أدخل.

نعم مقتضى ما ذكروه من أن الفضلة الزائدة لهما أن الأخير له حق أن يدخل بابه أكثر، لأنه يدخله في المكان المشترك بينهما، كما أن دار باب الخارج لو كان بعضها وراء دار الداخل بما امتدت إلى الفضلة في الأخير كان له جعل بابه هناك في الفضلة، لفرض اشتراكها بينهما، وقد سبق أن كل واحد من الذين هم في السكة له أن يجعل لداره بابين أو أكثر.

ومنه يعلم وجه ما ذكره القواعد، حيث قال: (ولكل منهما الخروج ببابه مع سدّ الأول وعدمه، فإن سده فله العود إليه، وليس لأحدهما الدخول، ويحتمله إذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط أجمع).

ومما تقدّم يعلم ما في إشكال المشهور على غير المشهور، بأن ما استدل غير المشهور به على جواز الإدخال، مندفع بأنه وإن كان له ذلك قبل فتح بابه إلاّ أنه تشخص حقه بالباب التي استطراقها، فله حينئذ الاستطراق من أي جهة شاء من جداره منتهياً إلى تلك الباب دون الأدخل منها، ورفع الجدار كله لا يقتضي

ثبوت حق الاستطراق له من أي جهة منه، بل بناءً على انتهاء اختصاصه إلى بابه يكون كذلك بعد رفع الجدار أيضاً.

ولذا رده الجواهر: (بأن ذلك كله مبني على الاختصاص والاشتراك المزبورين، أما بناءً على ما ذكرناه من اشتراك الجميع في الجميع المتجه حينئذ تساوي الإخراج والإدخال من كل منهم في الجواز وعدمه لتساوي الجميع في الاستحقاق) انتهى.

وقد عرفت أن مقتضى القاعدة جواز الإدخال والإخراج وتكثير الأبواب أو تقليل الأبواب، إلى غير ذلك، ولا دليل على عدم شيء من الأمور المذكورة.

كما أن مقتضى القاعدة أنه إذا كان لدار بابان في زقاقين فسدّ أحدهما، فإنه له الحق في فتحه بعد ذلك، لأن سدّه لا يرفع حقه، فاحتمال أنه إعراض والإعراض مزيل للحق فلا حق له إذا امتنع الآخرون الذين يشتركون في العقد بسبب إعراض هذا غير وجيه، بل قد ذكرنا في بعض المسائل السابقة أن مقتضى القاعدة أنه إذا لم يكن لأحدهم باب في هذا الزقاق كان له حق إنشائه، لأنه لا دليل على ملك الذين لهم الأبواب للزقاق دون هذا الإنسان الذي له حائط إليه.

وعلى ما ذكرناه، فإنه يجوز لكل واحد من الداخل والخارج والأدخل إخراج روشن أو جناح أو ساباط أو ما أشبه إذا لم يضر الآخرين ولم يكن منافياً لحقهم على ما تقدم، فقول الجواهر: (نعم ليس لأحدهم إخراج روشن أو جناح أو ساباط بدون إذن جميعهم لخروجه عن الاستطراق الذي وضع الاشتراك فيه على ما عرفت، نعم لو قلنا باختصاص الداخل بما بين البابين اتجه حينئذ عدم اعتبار إذنه في الجناح والروشن والساباط ونحوها لعدم الحق له حينئذ، وإنما يتوقف على إذن غيره ممن هو أدخل باباً إن كان وإلا لم يحتج إلى إذن أصلا) انتهى.

محل نظر.

وكذلك الحال بالنسبة إلى السرداب وحفر البالوعة وغير ذلك.

ولا يخفى أن الكوة قد يراد من الروشن، كالعكس، وكأنه فارسي استعمل عربياً أيضاً لأنه منفذ النور.

والساباط سقيفة بين دارين تحتها طريق، ويختلف عن الجناح الذي هو لا يصل إلى الدار المقابلة.

وإذا كانت السكة مشتركة بين الجميع على ما رجحناه، فإذا أجبرت الدولة تعميرها بالتبليط وغيره كان مشتركاً بين الجميع على النسبة لا على التساوي، لأنها مقتضى قاعدة العدل، فإذا كان عرض دار أحدهم مائة ذراع والآخر خمسين كان على الأول ضعف ما على الثاني، هذا فيما إذا كان الحاكم عادلاً له الحق في ذلك للمصلحة، أما إذا كان جائراً فيجوز لكل واحد أن يتخلص من أكثر ما يقدر من التخلص منه، ولو كان ذلك سبباً لأن يعطي صاحب الأطول الأقل، وصاحب الأقصر الأكثر، فانه لا يجب على الإنسان دفع الظلم عن جاره بجلب الظلم إلى نفسه.

وحيث إن الطريق مشترك بين الجميع على ما عرفت، فإذا كان في بعض الطريق ارتفاع وانخفاض مما أجبر العادل على تسويته، فاللازم على الجميع الاشتراك، ولا حق لأن يقول صاحب الخارج: إن الاعوجاج في الداخل فليس عليّ شيء، إذ قد عرفت اشتراك الجميع بين الجميع، وتلاحظ هنا النسبة أيضاً، بخلاف ما إذا كان الحاكم جائراً، إذ قد عرفت جواز الفرار عن كل ما يجعله على أي منهم، فضلاً عن الفرار عن بعضه فلا تلاحظ النسبة ونحوها في هذا المقام، وكذا الحال فيما إذا أجبر العادل أو الظالم أصحاب الزقاق أو السوق أو ما أشبه بنصب السقف للوقاية من المطر والحر ونحوهما.

والنسبة التي ذكرناها إنما تلاحظ بالنسبة إلى العرض، لا بالنسبة إلى العمق، فإن كانت داران إحداهما أعمق من الأخرى، وغير الأعمق أعرض، فعلى الأعرض

أكثر من غيره، وإن كانت داره أعمق لقاعدة العدل، كما لا يلاحظ الأكثر أهلاً من الأقل أهلاً، بأن يقال مثلاً فيما إذا كان عرضهما متساويين: إن دارك يسكنها عشرون وداري يسكنها عشرة، فالاستطراق منك أكثر فعليك الأكثر.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فيما في الدعائم، فإنه بالإضافة إلى ضعف سنده يحتمل أن يكون من كلام المؤلف، لا من الرواية، وإن قال في الجواهر: إنه خبر، قال: وأما السكة المرفوعة أو المنسدة الأسفل فلا يجوز إحداث روشن ولاجناح فيها إلاّ بإذن جميع أهلها، سواء كان في أسفلها أو أعلاها، ولا فتح باب أدخل من بابه، سد بابه أو لا، ويجوز له إخراج بابه وإن لم يسد الأولى على قول، ولو أذن أهل الأسفل في إدخال الباب، فهل لأهل الأعلى المنع، فيه إشكال من عدم استطراقهم، ومن الاحتياج إليه عند ازدحام الدواب والناس وهو أقوى، بل ظاهر هذه العبارة أنه من فتوى القاضي، لا أنّه رواية الإمام (عليه الصلاة والسلام).

ولقد أجاد الجواهر حيث قال في أخير كلامه: (وبذلك كله بان أن إطلاق الأصحاب سابقاً أن الطريق المرفوع ملك لأربابه، وأنه لا يجوز لأحد منهم أو من غيرهم إخراج روشن أو جناح أو ساباط أو فتح باب ولو للاستضاءة غير مراد منه ظاهره على وجه العموم، بل هو على الإهمال وإلا لنافاه ما سمعته من كثير منهم ممن صرحوا بكيفية اشتراكه، وبالفرق بين الداخل والخارج بالنسبة إلى فتح الباب وغيره، وإن كان هو على مختارنا أليق منه على غيره، فما وقع لبعضهم من الإشكال في ذلك حتى ظن التدافع بين كلماتهم في غير محله) انتهى.

وإن كان لا يمكن نفي التدافع في الجملة، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم.

ثم إن بنيت الدور في الزقاق متعرجة غير متساوية فأجبر الحاكم

العادل تقديم المتأخر وتأخير المتقدم حتى يستقيم الطريق، فلا كلام.

نعم على الحاكم أن يعطي ثمن من يؤخره إذا لم يكن بناؤه غير مشروع، كما له أن يأخذ الثمن ممن يقدمه إذا كان له ثمن يرتبط بيت المال أو بالآخر.

أما الحاكم الجائر إذا فعل ذلك فمقتضى القاعدة أنهم لو كانوا مشتركين في السكة فأعطى بعضها لأحدهم أنه يجب عليه إرضاء غيره ممن كانوا مشتركين معه، لأنه لا اعتبار بفعل الحاكم الجائر، كما أنه إذا أخر المتقدم بما وقع بعض داره في الطريق وصار من الطريق كان حكمه حكم الشوارع التي يفتحها الظلمة بهدم بيوت الناس والمساجد وما أشبه، وقد ذكرنا في باب المسجد من كتاب الصلاة، وفي كتاب إحياء الموات أنه لا يبعد أن بهذا يحصل انعراض قهري تسقط الأرض عن الملكية، فيحق للناس المرور فيها وإن لم يرض أصحابها، كما أن حكم المسجدية أيضاً يسقط بسبب ذلك، حاله حال وقوع آلات الناس في البحر، وتفصيل الكلام هناك، والله العالم.

(مسألة ٥): قال في الشرائع: (ولو أخرج بعض أهل الدرب النافذ روشناً لم يكن لمقابله معارضته ولو استوعب عرض الدرب).

أقول: وكذلك ليس لغيره من المارة، لما ذكروه من الأصل والسيرة المستمرة على معاملته معاملة المباح من غير اختصاص لأهل الدور في شيء منه، ولا فرق في ذلك بين الجيران والمتقابلين وسائر المارة وغيرهم، وكذلك حال الأجنحة.

أمّا بالنسبة إلى الساباط الذي يوضع على جدار الغير، فذلك لا يجوز إلاّ بإذن الغير، سواء كان ذلك الغير جاراً مقابلاً أو ملاصقاً، كما إذا جعل الأعمدة من جداره إلى تحت جناحه، أو جعل الحمالات على جدار الغير.

وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد: (وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن، وإن استوعب الدرب): كما هو حاصل كلام المبسوط والإرشاد وصريح الشرايع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية، انتهى.

وقد تقدم أنه لا فرق في هذا الحكم بين العقد النافذ والعقد المرفوع، لكن بالشرطين السابقين، وهما عدم الإضرار وعدم سلب حق الآخرين عرفاً، وقد تقدم سابقاً أنه لو كان في فتح الروشن أو إخراجه الجناح تسلط على الجار بسبب روشن أو جناح له أمام هذا الروشن والجناح، فإن التسلط لا يوجب المنع، وإنما لكل واحد من المتسلطين على الآخر أن يمنع الرؤية أو ما أشبه بسبب حجاب أو نحوه.

ثم المراد بالروشن في هذه العبارة غير ما ذكرناه سابقاً، لأن المذكور سابقاً أنه الكوة، وهنا بقرينة استوعب عرض الدرب وما يأتي أن المراد به الجناح.

ثم قال الشرائع: ولو سقط ذلك الروشن فسبق

جاره إلى عمل روشن لم يكن للأول منعه، لأنهما فيه شرع كالسبق إلى القعود في المسجد.

وقد نقله في مفتاح الكرامة عن المبسوط والذين ذكروا من بعده من أصحاب الكتب المتقدمة كالإرشاد والتحرير والتذكرة وغيرها.

واستدلوا لذلك بما ألمع إليه الشرائع من أن الأول يزول حقه كما يزول حق الجالس في المسجد إذا ذهب، بل عن التذكرة والمسالك أنه لو فرض أن الثاني أخرب روشن الأول ووضع روشنه مكانه لم يكن للأول أن يزيل الثاني، وإن كان الثاني ضمن أرش الأول واكتسب الإثم.

لكن الظاهر المناقشة في كلتا الفتويين لما ذكره غير واحد، وتبعهم الجواهر حيث قال: (قد يناقش أولاً بصدق الغصب واستصحاب بقاء حقه، بل قد يناقش في نحو المقام بأنه قد ملكه بالحيازة، بناءً على كونه مباح الأصل، على ما صرح به في الدروس، فيستمر حينئذ على ملكه وإن زال أثره، وقد احتمل في الدروس الملك في نحو المقام على بعد).

(فرع)

قال في الجواهر: (لو جعل المقابل روشناً تحت روشن مقابله أو فوقه، فهل للسابق منعه، لم أقف فيه على كلام، وقضية الأصل عدم المنع، إلاّ أن يقال: لما ملك الروشن ملك قراره وهواءه وهو بعيد لأنه مأذون في الانتفاع، وليس ملزوماً للملك) إلى آخره.

أقول: الظاهر المنع خصوصاً في صورة أنه أزال روشن من في المقابل، فإنه مثل أن يقيم الإنسان إنساناً آخر عن مكانه في المسجد ويغصب مكانه، فإن مقتضى القاعدة أن الحق يبقى للسابق إذا لم يعرض عنه، كما ذكرناه في كتاب إحياء الموات، ولا دليل أنه بالإقامة عن مكانه جبراً يزول حقه.

والحاصل: إن دليل «من سبق» محكم بعد رؤية العرف الحق، نعم إذا

أعرض، سواء بعد سقوطه بنفسه أو إسقاط غاصب أو إسقاط الجار الذي يريد الروشن مكانه سقط حقه، لأن الإعراض مسقط للحق كما ذكرناه في كتاب إحياء الموات مفصلا، وألمعنا إليه في بعض المسائل السابقة.

وقد نقل التذكرة عن بعض الشافعية: أنه إنما يزول حقه بالإعراض لا بالهدم والانهدام، كالجالس في المباح للأولوية، وعلق عليه مفتاح الكرامة بقوله:

(قلت: قول بعض الشافعية قوي جداً فيما إذا أقامه من مكانه قهراً، أو هدم روشنه كذلك، وهو جار في كل أولوية، بل قد نقول ببطلان صلاته في ذلك المكان، وهذا هو الذي استوجهه في جامع المقاصد في باب إحياء الموات وقال: لم أجد بهذا الفرع تصريحاً، وكأنه غفل عن كلامهم في الصلح، وقد مال إليه في الروضة، والمولى الأردبيلي قوى قول بعض الشافعية على إطلاقه وقال: إنه ليس بأقل من التحجير، قلت: قد ذكر جماعة من الأصحاب أن حق أولوية التحجير لا تسقط بتغليب غيره، فمراده أن هذا مثله، لأنه أفاده أولوية) انتهى.

أما مسألة أن يبني الجار فوقه أو تحته، فمقتضى القاعدة أنه إن كان في العرف مزاحماً لحقه لم يجز له، وإلا جاز، وإذا بنى فيما لم يجز له بأن كان حق السابق ثابتاً عرفاً مما يوجب شمول «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1] له، فإن لصاحب الروشن السابق المرافعة إلى الحاكم، والحاكم يهدمه على تفصيل ذكرناه في كتاب الغصب.

أما أنه بنفسه يهدمه، فقد عرفت في بعض المسائل السابقة الإشكال فيه، وإن أفتى به غير واحد من باب النهي عن المنكر، وإنقاذ الحق،

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب كتاب الدعوات ح٥.

أما البنايات ذات الطوابق التي يخرج الروشن من كل طابق منها، فلا حق لصاحب الروشن السابق في منع صاحب الطابق الفوقاني أو التحتاني من إخراج الروشن، لأن إخراج الروشن الجديد ليس مزاحماً لحقه عرفاً.

وقد ظهر بما ذكرناه أنه لا إطلاق في كلا الجانبين، وإن كان ربما يظهر من الجواهر أن الأمر منحصر بينهما، حيث قال: (ينبغي بناء المسألة على أن الطريق المحيى بالاستطراق يكون ملكاً لمن أحياه هو مع هواه، فأرض الطريق حينئذ وما تحتها وهواها ملك للمسلمين، إلاّ أنه جرت السيرة والطريقة على تصرفهم فيه بما لا ضرر فيه على مارتهم، وحينئذ فلا يملك ذو الروشن مثلاً شيئاً من الهواء، بل هو على ملك المسلمين، وإنما له حق اختصاص، فإذا زال أثره زال حقه، أو أن المسلمين إنما لهم منه حق الاستطراق، فالفضاء والأسفل باق على الإباحة الأصلية، يملكه من يحوزه ويجري عليه حينئذ حكم ذلك، لم أعثر على تحرير لهم في ذلك، والذي ذكرناه سابقاً الأول وقلنا إن حاله كحال الطريق الخاص في الكيفية، بل هو الموافق لقاعدة (من ملك أرضاً ملك هواها وقرارها إلى عنان السماء وتخوم الأرض)، ولا ريب في ملك المسلمين نفس أرض الطريق بالاستطراق فيتبعها ذلك، وحينئذ فالمتجه أن للسابق حق اختصاص سبقه، فمتى زال أثره زال حقه) انتهى.

حيث قد عرفت أن مقتضى القاعدة هو أن السابق له بقدر حقه عرفاً، ولا دليل على أن من ملك أرضاً ملك هواها وقرارها إلى عنان السماء وتخوم الأرض، إذ قد ذكرنا في كتاب إحياء الموات أن الملك أمر عرفي، والشارع إنما قرر بالمقدار العرفي، أما أن يملك إلى عنان السماء أو إلى تخوم الأرض فلا دليل عليه إطلاقاً، فإذا ملك إنسان الأرض وكان المتعارف أن يملك إلى

السرداب مثلاً كان للآخرين الحق في أن يجروا تحته أنبوباً.

وكذلك فيما إذا كان المتعارف ملك مقدار من الهواء، كان للآخرين المرور من فوق ذلك بسبب الطائرة، أو لو فرض إمكان البناء بما لايكون مزاحماً لحقه عرفاً، ولا يكون موجباً لضرره، كان لهم أن يبنوا فوق ذلك، فالأمر عرفي، والشارع بإطلاقه قد قرره، فلا يزاد في أحد الجانبين بأن نقول بالجواز مطلقاً أو بالمنع مطلقاً، وإنما مقتضى القاعدة أن نقول بالجواز في الخارج عن الحق العرفي، وعدم الجواز بالنسبة إلى الحق العرفي.

(مسألة ٦): قال في القواعد: (ويجوز جعل الدار اثنتين، ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطراقه).

وفي مفتاح الكرامة: (كما في التذكرة والتحرير، لأنه قد تقدم أن له أن يفتح لداره في الدرب المرفوع باباً آخر إلى صدر الدرب في الموضع الذي له استطراقه، فإذا جعل الدار الواحدة اثنتين ثم فتح باباً للأخرى في موضع استطراقه لم يكن منه مانع) انتهى.

وهو كما ذكراه، ومنه يعلم أن جعل الواحدة اثنتين من باب المثال، فله أن يجعل الواحدة ثلاثاً أو أكثر، كما له أن يجعل بعض داره دكاناً أو معملاً أو غير ذلك.

ثم الظاهر أنه إن أراد صاحب الدار في الطريق النافذ أن يجعل بعض داره رصيفاً يستريح فيه المارة، ويكون رفقاً بهم جاز له ذلك، ولا حق للجيران في الاعتراض عليه بأنه يزعجهم بهذا العمل، حيث يكون محلاً للواقفين المنتظرين للسيارات أو للذين هم يستظلون بظل جعله لهم وقايةً من الشمس أو المطر أو ما أشبه.

نعم إذا كان مزاحماً لحقهم عرفاً أمكن المنع من باب «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1]، ولم أجد فيه نصاً أو فتوىً، ومقتضى القاعدة هو الجواز إلاّ في الصورتين المستثنيتين من الإضرار وكونه تويّاً للآخرين.

ولو شك في أنه هل هو حق للآخرين أم لا، فالأصل العدم.

ثم قال القواعد عطفاً على ما تقدم من عبارته السابقة: (وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس).

ونقله مفتاح الكرامة عن التذكرة، ثم قال: (وتصويره أنه لو كان له دار لها باب في زقاق غير نافذ، ولها حائط في شارع أو زقاق نافذ، فأراد أن يفتح باباً في حائطه إلى

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢٥ الباب ٤٦ من كتاب الشهادات ح٥.

الشارع جاز له، لأنه يريد أن يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه) انتهى.

وهو كما ذكره، لأن للإنسان الحق في أن يجعل لداره بابين وأكثر.

ثم قال: (ولو انعكس الحال وكانت بابه في الشارع وله حائط في المنقطع، فأراد فتح باب للاستطراق، فقد تقدم أنه ليس له ذلك، إذ لا حق له في درب قد تعين مالكوه) انتهى.

وفيه: ما تقدم من أن مقتضى القاعدة وجود مثل هذا الحق له، فلا حق لغيره في منعه.

وعن الدروس أنه يجوز العكس على الأقوى.

ثم قال مفتاح الكرامة: (وهل يجوز لمن داره في صدر المرفوع أن يرفع جداره ويجعل المرفوع نافذاً، كما جاز له أن يجعل داره مسجداً، احتمالان، وقد يفرق بين ذلك والمسجد) انتهى.

لكنك قد عرفت سابقاً أن الإنسان إذا هدم داره بما جعل غير النافذ نافذاً جاز ذلك، لأنه لا دليل على المنع، وكذلك إذا جعل داره مسجداً أو ما أشبه، فالمنع مطلقاً أو التفريق بين جعل غير النافذ نافذاً وبين جعل الدار مسجداً محل إشكال، وقد تقدمت الصور الثلاث للمسألة.

(مسألة ٧) قال في الشرائع: (إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره، لم يجب على الجار إجابته، ولو كان خشبة واحدة).

وفي الجواهر: (عندنا للأصل، بل الأصول، كما لا يجوز له الوضع بدونها، لقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»[1]، ولقاعدة عدم التصرف في مال الغير بغير إذنه).

أقول: ولأنه حق، و«لا يتوى حق امرئ مسلم»[2]، و«لا تبطل حقوق المسلمين»[3] ونحوهما أيضاً، بل هو ضروري في مذهبنا، فما عن أحمد ومالك والشافعي في القديم من وجوب الإجابة غير ظاهر الوجه.

نعم هم رووا عن أبي هريرة، عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: «ولا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره»[4].

ولو صح الحديث كان من الأحاديث الأخلاقية، لا من الأحاديث اللازمة.

وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد: (والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك) قال: (إجماعاً كما في التذكرة، وعليه دل العقل لأنه قاض بقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه وهو كذلك، بل يمكن إقامة الأدلة الأربعة عليه، نعم يستحب الإجابة كما ذكره غير واحد من الفقهاء).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولا تجب عليه الإعارة بل تستحب): هذا عندنا موضع وفاق كما في المسالك، قال: وحكي في التذكرة

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح٥.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب كتاب الشهادات ح٥.

(٣) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٩ الباب ١٨ من أبواب الشهادات ح٣.

(٤) سنن البيهقي: ج٦ ص٦٨.

عن بعض الشافعية أن للجار أن يضع جذعه على جدار جاره، وإن امتنع أجبر فيجب عليه القبول لرواية أبي هريرة، ثم قال: وهو محمول على الاستحباب إن سلمنا صحته، وإلا فالعقل والنقل قاضيان بردّه، وعليه فدليل المشهور في الاستحباب هو ما ذكروه من ما ورد من استحباب قضاء حوائج المسلمين، وما جاء في الوصية بالجار حتى كاد يظن أنه يورث.

ثم ما ورد من أن الجار جار إلى أربعين داراً يعطي أنه لا فرق بين الجار المقابل والجار الملاصق.

ثم قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وحينئذ فلو أذن جاز الرجوع قبل الوضع إجماعاً بقسميه للأصل وغيره، بل ظاهرهم ذلك وإن استلزم ضرراً عليه بفعل المقدمات من بناء وغيره).

وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد: (ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع مجاناً): قطعاً كما في التذكرة، وإجماعاً كما في التحرير والمسالك، وبغير خلاف عندنا كما في مجمع البرهان.

أقول: قد يقال بلزوم تدارك ضرر المأذون إذا تضرر بسبب الإذن ورجع قبل الوضع، لأن الإذن سبب ضرره عرفاً، فيشمله دليل «لا ضرر».

لا يقال: إن المأذون هو الذي أقدم على ضرر نفسه، لأنه مع علمه في جواز رجوع الآذن أقدم على ذلك، فهو كما إذا دعى غيره لوعد طعام أو ركوب في السيارة لإيصاله إلى مقصده مما تضرر بسبب المجيء فلم يف بوعده، لأن الوعد غير واجب الوفاء، فإنه لا يتحمل ضرر مجيئه، كما أنه إذا ترك عمله وجاء مما فاتته أجرة عمله لم يتحمل الواعد أجرة عمله.

لأنه يقال: لا دليل على استواء المواضع بعد اختلاف العرف في أن بعض

الأضرار على الواعد وبعض الأضرار على الموعود، فكل موضع يرى العرف أن الضار هو الآذن والواعد يجب عليه أن يتحمل الضرر، لدليل «لا ضرر»، وإلا فالشارع أضر بالمأذون، وكل مورد لا يرى العرف أن الواعد والآذن هو الذي أضر فلا شيء على الآذن، هذا وإن كان في المسألة بعد تأمل، وبحاجة إلى التتبع.

نعم ربما يقال: إنه من قبيل قول أحدهم للآخر: ألق متاعك في البحر وعليّ بدله، حيث إنه لا يتعدى كونه مجرد وعد، ومع ذلك يكون القائل ضامناً للمتاع الملقى في البحر، وهناك إذا أجاز له أن يبني على حائطه كان مثل ذلك، حيث إن مفاد كلامه تضرر ولك حق الاستفادة من جداري حيث يجعل تضرره في قبال الاستفادة من جداره.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وبعد الوضع المستلزم نقضه للضرر لا يجوز الرجوع عند الشيخ ومن تبعه، لأن مراد المستعير والمعير التأبيد فهو حينئذ كالعارية للدفن، وللضرر الحاصل بالنقض، حيث يفضي إلى خراب ملك المأذون، ولكن مع ذلك فالقول بالجواز حسن مع الضمان، بل هو خيرة الفاضل والكركي وثاني الشهيدين لأنه عارية، ومن لوازمها جواز الرجوع الذي هو مقتضى الاستصحاب وقاعدة تسلط الناس وغير ذلك، والإلحاق بالدفن قياس مع الفارق لتحريم النبش، وكذا العارية للرهن المقتضي لتعلق حق الغير به على وجه يقتضي اللزوم من طرف الراهن بخلاف ما هنا، فإنه لا حرمة على المالك في خراب ملكه، إلاّ أنه نسبه في الدروس إلى القيل مشعراً بتمريضه، واحتمل المنع من النقض، بل كأنه مال إليه) انتهى.

والظاهر أنه لا حق للآذن في الإزالة لا مع الأرش ولا بدون الأرش إذا لم يرض المأذون، كما لا حق له في أخذ الأجرة بعد رجوعه عن إذنه، لأنه قد أهدر حقه بإذنه كما يراه العرف وصار الحق للمأذون، فيشمله «لا يتوى حق امرئ مسلم»، فهو كما لو قال له: كن هنا حتى أذهب وآتي، فجعل الآمر ماله عنده فذهب المأمور لشغله فسرق متاع الآمر، فإن المأمور يكون ضامناً، كما أنه ليس للناظر حق الأجرة بعد أن جعل عمله مباحاً وبدون عوض، وكذلك فيما إذا أذن له ببقائه في داره ليلاً إلى الصباح، فلما انتصف الليل قال: اخرج وإلا أعطني الأجرة، فإنه لا حق له في أحدهما، حيث يكون الخروج ضرراً على الضيف، وهكذا إذا أركبه سيارته إلى بلد آخر مجاناً فلا حق له في إنزاله وسط الطريق الموجب للضرر، كما لا حق له في أخذ الأجرة من حيث سحب إجازته في وسط الطريق إلى آخر الطريق، إلى غير ذلك من الأمثلة.

كما إذا أجرى الطبيب العملية الجراحية مجاناً، ثم يريد الترك في الأثناء بما يوجب الضرر على المريض أو أخذ الأجرة للبقية، وعليه ففي المقام لا حق للإذن في جبره على الإزالة أو إزالته بنفسه بعد أن أباحه ويتضرر المأذون بالإزالة، كما لا حق له في أخذ الأجرة بعد أن أباح مجاناً.

لا يقال: «الناس مسلطون»[1] يقتضي حقه في سحب إباحته، فله الأجرة جمعاً بين الحقين.

لأنه يقال: هو أسقط حقه، فالمسقَط له (بالفتح) مغرور، ومعنى رجوعه إلى من غره عدم حق للمسقِط (بالكسر) عليه، فهو كما إذا أباح له شرب الماء،

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٢ (الطبعة الحديثة).

وفي أثناء الشرب سحب إباحته بدون إعلام الشارب، فهل له حق أخذ الثمن لبقية الماء منه، وهكذا إذا أباح له الجلوس في داره سنة، وفي أثناء السنة سحب إجازته من دون إعلام للجالس في الدار، فإنه لا حق له في أخذ الأجرة لبقية السنة، لأن الجالس مغرور ورجوعه إلى من غره يقتضي عدم الأجرة عليه، إلى غير ذلك من الأمثلة، فالمحكم في المقام قاعدة «لا ضرر» وقاعدة الغرور، لا «الناس مسلطون على أموالهم» ونحوه، بل ربما يقال: إنه من الهبة المتصرف فيها.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المسالك حيث قال: (الأقوى جواز رجوع الآذن لأنه عارية، ولأن الأصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء، وإلحاقه بالدفن قياس مع الفارق، لتحريم نبشه دون خراب البناء).

ثم قال: (وعلى تقدير الجواز هل ينقض مجاناً، أو مع الأرش، وجهان مبناهما على أن الإذن إنما أفاد العارية ولازمها الرجوع متى أراد مع أصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره على تخليص ملكه منه، بل أصالة البراءة مطلقاً، وأنه بناء محترم صدر بالإذن فلا يجوز قلعه إلاّ بعد ضمان نقضه، ولأن فيه جمعاً بين الحقين، ولأنه سبب الإتلاف لإذنه، والمباشر ضعيف لأنه بالأمر الشرعي وهو أقوى) انتهى.

ولا يخفى عليك أنه شبه تدافع بين كلاميه، وإلا فإذا جاز الرجوع لأنه عارية أي حق للمأذون في الأرش، فإن الأدلة التي ذكرها للأرش كلها محكومة بكونها عارية، والدليل الحاكم مقدم.

قال في الجواهر: (والأصل في هذه المسألة ما حكاه في التذكرة عن الشافعي، ومحصله خمسة وجوه:

أحدها: إن له الرجوع، ويتخير بين البقاء بالأجرة والقلع بالأرش فيها، وهو أظهر قوليها.

والثاني: إن له الرجوع والقلع بالأرش، وأما البقاء بالأجرة فمتوقف على رضاهما بذلك، وهو خيرة ثاني الشهيدين والمحققين، واستحسنه في المتن.

الثالث: إن له الرجوع، ولا يجوز له النقض وإنما له الأجرة خاصة، ومال إليه الشهيد في الدروس.

الرابع: إن له الرجوع والقلع مجاناً.

الخامس: أن ليس له الرجوع، بمعنى أنه لا يستفيد به جواز قلع ولا أجرة، وهو الذي اختاره الشيخ ومن تبعه، بل هو ظاهر المصنف) انتهى.

وقد عرفت أن مقتضى القاعدة هو الخامس، ولذا الذي ذكرناه نرى أن الجواهر بعد أن قوى القول الرابع الذي مقتضاه الرجوع والقلع مجاناً قال: (نعم قد يتجه ما ذكره الشيخ من عدم جواز الرجوع باعتبار أن العارية المبنية على الدوام سببها ابتداءً واستدامةً إنما هو الإذن الأولى التي لا يتصور فيها رجوع بعد صدورها، بل يكون حينئذ الرجوع فيها كالرجوع بالإذن فيما مضى من العارية، وهذا معنى قول الشيخ، لأن المراد الدوام والتأبيد، ومحصله أن عارية الدوام عرفاً هكذا، وقد شرعها الشارع بشرعه للعارية على هذا الوجه، وهو معنى لا ينافي كون العارية من العقود الجائزة المعلوم إرادة ما كان استمرار الإذن فيها المقتضي للبقاء، لا ما كان فيها علة الدوام والابتداء واحدة، وهي الإذن الأولى التي لا يتصور فيها رجوع).

إلى أن قال: (بل قد يقال: إن قاعدة الضرر وحرمة تضييع المال ونحو ذلك يقتضي لزوم العارية على المعير، باعتبار أنه بإذنه في ذلك يترتب الخطاب الشرعي وهو حرمة الإضرار وحرمة تضييع المال

ونحو ذلك، مثل العارية للرهن الذي تعلق به حق الغير، واندرج تحت ما دل على لزوم الرهن الذي لا يعارضه جواز الرجوع بالعارية من حيث نفسها، إلاّ إذا قارنها أمر آخر خارج عنها، وكالإذن بالدخول في الصلاة الذي يترتب عليه حرمة الإبطال).

وفي مفتاح الكرامة بعد أن نقل عن الشيخ في المبسوط عدم الرجوع وحكاه عن القاضي قال: (وهذا القول لعله قوي متين، وإلا لزم ضرر عظيم الذي لا ينجبر بالأرش، لأنه يخرب ملكه، وقد لا يجد من يبني له، وقد يكون لو لم يعر جداره أو خشبته كان يسهل عليه تحصيل غيرهما، ولا يعارضه أن المنع أيضاً ضرر على المالك، لأنه أدخله على نفسه، إذ العادة قاضية بأن مثل هذه العارية دائمة، ولا عاقل يرتكبها بدون الدوام، فكأنه قال له: أعرني ما دام خشبي باقياً، وليس لك الرجوع قبله، وقد أعاره والتزم بذلك، فكانت كالعارية للدفن، ولا يجدي الفرق بأن النبش حرام وأنه قياس، لتنقيح العلة المشتركة وظهورها ولا فارق، إذ على تقدير جواز الرجوع لا يكون النبش حراماً، بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات الكثيرة، على أنا نقول: الأصل في العقود اللزوم خرجت منها العارية في غير محل النزاع بالإجماع وبقي الباقي) انتهى.

ويؤيد ما ذكرناه ما رواه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال: «العارية لمن أعارها، ولا يملك المستعير منها شيئاً إلا ما ملكه المعير وأباحه له، ولا يزول شيء من ملكه منها بإعارته إياها»[1].

(١) الدعائم: ج٢ ص٤٩٨ ح١٧٤٥.

بتقريب أن المعير ملك المستعير مكان الحائط ما دام البناء قائماً، فلا يتمكن من استرجاع ما ملكه.

أما ما رواه الدعائم عنه (عليه الصلاة والسلام)، أنه سئل عن الجار يأذن لجاره أن يحمل على حائطه، هل له إذا شاء أن ينزع ذلك الحمل، قال: «إذا أراد أن ينزعه لحاجة نزلت به لا يريد بذلك الضرر فذلك له، وإن كان إنما يريد الضرر لغير حاجة منه إليه فلا أرى أن ينزعه»[1].

فالظاهر أن الإرادة وعدمها طريقية، وإنما المراد الضرر وعدم الضرر، فإذا كان ضرر على صاحب الحمل لم يكن لصاحب الحائط ذلك.

ومما تقدم ظهر أنه إذا لم يستلزم النقض الضرر لم يكن بأس بالرجوع، كما في العمارات الجاهزة، حيث يمكن قلعها ونقلها بواسطة العجلات المرتبطة تحت البناء.

ولو أراد مالك الجذع النقض لم يكن به بأس، إذا لم يستلزم ضرراً على مالك الحائط، وإلا فلا، وكذلك فيما إذا استعار فرسه أو سيارته أو ما أشبه، فإن المستعير لا حق له في تركهما في وسط الصحراء، حيث الضرر على صاحبهما، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وقد يدخل كل ذلك في الشروط الضمنية في المعاملة.

والمعاملة قد تكون هبة معوضة، وقد تكون عارية، وقد تكون تمليكاً، إلى غير ذلك مما تختلف الأغراض في عقودها، وينصب عليها العقد، وإنا وإن ذكرنا في بعض أبواب الفقه أن الشرط في ضمن المعاملة الجائزة لا يوجب لزوماً، خلافاً لجماعة من الفقهاء حيث لم يفرقوا بين الشرط في المعاملة الجائزة واللازمة، إلاّ أن كل معاملة من هذا القبيل ليس عارية كما عرفت، وحتى إذا كان عارية فقد عرفت أن بعضهم لم يقولوا بجواز مطلق العارية، بل

---

(١) دعائم الإسلام: ج٢ ص٥٢٤.

الجواز إنما هو في مورد الإجماع، فحيث لا إجماع، يشملها ﴿أوفوا بالعقود﴾.

أما إذا كان وضع الجذع على حائط الجار على نحو المصالحة، فقد تقدم أن الصلح لازم، سواء كان هناك طرفان للصلح أو طرف واحد، لدليل ﴿أوفوا﴾ وغيره.

وحيث ظهر أنه لا حق لصاحب الحائط في استرجاع حائطه ورفع الجذع منه، فلا فرق في ذلك بين بقائه حياً أو ميتاً يرثه الوارث، فلا حق للوراث في ذلك.

ولو كانت الدار موقوفة أو مستأجرة أو ما أشبه، فإن كانت الإجارة والوقف بحيث للمستأجر والموقوف عليه الحق في مثل ذلك حتى بعد انقضاء مدته فلا إشكال، أما إذا لم يكن له الحق فالبطن اللاحق والمالك المسترجِع بالكسر للدار المؤجرة لهما الحق في الحائط، فإن لم يكن ضرر على صاحب الجذع فهو، وإن كان ضرر فإن كان صاحب الجذع مغروراً رجع إلى المعير، وإلا فالضرر على نفسه.

نعم ذكرنا في كتاب الغصب أن الإسراف ونحوه مانع عن النقض، لأن إتلاف المال حتى عن الغاصب غير جائز.

ولو اختلف المعير والمستعير في أن المستعير هل كان مغروراً، فقال المستعير: نعم، ونفاه المعير، فالحق مع المستعير، لأن الأصل عدم العلم مما يسبب الغرور، فإن الغرور ليس أمراً إيجابياً، وإنما هو أمر سلبي ينتج الإيجاب، أمّا إذا كان المعير جاهلاً، فإن ذلك لا يرفع ضمانه، حيث قد ذكرنا في بعض مباحث الفقه أن الغار لا يلزم أن يكون عالماً، فإن دليل «المغرور يرجع إلى من غر» شامل لما إذا كان الغار عالماً أو جاهلاً.

وكما لا حق للمعير في إلزام المستعير بنقض بنائه، كذلك لا حق له في هدم حائطه مما يسبب نقض البناء.

نعم إذا تمكن من نقض الحائط بدون هدم البناء، كأن أوقف أعمدة تحت جذع المستعير، فلا إشكال فيه، لأنه لا يسبب له ضرراً، والمانع هو الضرر كما عرفت.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (هذا كله بالرجوع قبل انتهاء أمده، أمّا لو انتهى فانهدم لم يعد الطرح إلاّ بالإذن المستأنف، لانقطاع حكم الإذن الأولى بانقطاع زمان المأذون فيه الذي قد اقتضاه الإذن فيه، ولكن فيه قول آخر محكي عن الشيخ في المبسوط وهو أنه إن أعاده بالهيئة الأولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه، وإن أعاده بغيرها كان له منعه، وفيه ما لا يخفى من انقضاء مقتضى الإذن الأولى فليس له العود بدون الجديدة، فضلاً عما لو منع) انتهى.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلاّمة: (ولو انهدم افتقر إلى تجديد الإذن): إن كان المراد انهدام الخشب والآلات كان الحكم المذكور صريح المبسوط والخلاف والتذكرة، لكن الظاهر أن المراد انهدام الجدار، وعليه فالحكم المذكور صريح المبسوط أيضاً والشرائع والتذكرة والإرشاد والتحرير والمختلف والدروس والمسالك ومجمع البرهان والكفاية، وظاهر التذكرة الإجماع عليه.

وفي المسالك: إن كثيراً من الأصحاب لم يذكر فيه خلافاً، ولا فرق في ذلك بين أن يكون البناء الثاني بالآلات المنهدمة أم لا، كما صرح به جماعة في الباب وباب العارية.

وكيف كان، فالظاهر أنه لو انهدم البناء لتمام عمره أو بسبب طارئ كالزلزلة ونحوها لم يحق للمستعير تجديد البناء إلاّ بإذن جديد، إلاّ فيما إذا كان هنالك معاوضة أو مصالحة أو ما أشبه، مما يقتضي الدوام مطلقاً، أو الدوام فيما

اذا كان الانهدام بسبب طارئ، أما إذا لم يعلم أن الوضع كان على أية من الكيفيتين، المعاوضة ونحوها أو العارية، لم يستبعد استصحاب الحق، ولذا قال في الجواهر: (لو فرض انهدامه بهدم هادم لا بانتهاء عمره أمكن تخريجه على مذهب الشيخ، كما أنه يمكن أن يكون كلامه في غير ما نحن فيه من أنه واضع الجذوع الذي لا يعلم كيفيته فيحكم باستحقاقه ذلك حتى يعلم كونه عارية، ضرورة ظهور تصرفه في استحقاقه ذلك، فيتجه حينئذ وجوب بناء الجدار على المالك لو فرض انهدامه مقدمة لحصول حق الوضع) انتهى.

ثم إنه لو انهدم الجدار تلقائياً أو بأمر طارئ من إنسان أو زلزلة أو نحوها ولم ينهدم البناء بوضع عمود ونحوه تحته، فهل يجب على المالك إعادة الحائط أو لا يجب، مقتضى القاعدة أنه إن كان على نحو الصلح والهبة ونحوهما مما يجعل صاحب البناء ذا حق على صاحب الحائط وجبت الإعادة، أما إذا كانت عارية ولو دائمة مما قلنا بأنه لا حق لصاحب الحائط في نقض البناء لم تجب الإعادة، فإنه كإعارة الأرض للدفن، حيث يذهب السيل بالميت، فإنه لا يجب عليه قبوله مرة ثانية، وكذلك مثل إعارة الأرض للصلاة الواجبة حيث تبطل الصلاة، فإنه لا يجب عليه إعارتها مرة ثانية حتى يعيد المصلي صلاته.

وإن شئت قلت: إن المتيقن من الدوام ما بقي، أما إذا لم يبق فلا لزوم للدوام، وعليه فإذا أراد صاحب البناء البقاء كان عليه جعل أعمدة تحت بنائه، سواء أراد صاحب الحائط بناءه قصيراً أو عدم بنائه، أو بناءه بحيث لا يتحمل المبنى فوقه.

نعم لا يبعد وجوب قبول صاحب الحائط جعل الأعمدة مكان الحائط

لحفظ البناء، لأنه مقتضى حق البناء في ذلك القضاء إلى أن ينهدم مثلاً.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا كان الإذن إلى مدة بقاء البناء ولو اختلف الحائط إذا بقي البناء.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في إطلاق مفتاح الكرامة، حيث إنه قال عند قول العلامة: (ولو انهدم افتقر إلى تجديد الإذن): (دليله أن الإذن إنما كانت بالوضع على هذا الجدار الخاص، ومن المعلوم أنه بعد عوده غيره فلا تشمله الإذن، ولا فرق في ذلك بين أن يكون البناء الثاني بآلات المنهدم أم لا، كما صرح به جماعة) انتهى.

إذ الإذن لا يختض بما ذكره، فقد يكون الإذن هكذا، وقد لا يكون الإذن هكذا.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا كان الحائط مشتركاً بين صاحب البناء وبين الجار، حيث إن التصرف في المشترك أيضاً يجب أن يكون بإذن كليهما، وليست الأحكام المذكورة في السابق خاصة بما إذا كان الحائط للجار فقط.

(مسألة ٨): قال في الشرائع: (ولو صالحه على الوضع ابتداءً جاز، بعد أن يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها).

وأضاف في الجواهر: (أو يشاهدها، ولو لكون الصلح في أثناء الوضع للاختلاف في ذلك، بل ذكر غير واحد أنه لابد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة، لكونه حينئذ هنا كالإجارة، وفيه منع اعتباره لعموم الصلح فيصح حينئذ بقصد الدوام، بل يمكن أن يريد من اعتبارها ما يشمل قيد الدوام، خصوصاً بعد تصريحه بذلك في الصلح على السقي)، إلى آخر كلامه.

ومقتضى القاعدة أنه يجب أن يكون الصلح بحيث لا يكون غررياً، فذكر الخشب والوزن والطول والمدة وما أشبه إذا كان مما يوجب دفع الغرر الصلحي وجب، وإلا لم يجب إلاّ بمقدار دفع الغرر، لما ذكرناه في بعض المسائل السابقة من أن الغرر يدخل أيضاً في الصلح إلاّ أنه يختلف الغرر في الصلح من الغرر في غيره، حيث إن الصلح مبني على التسامح، فالغرر فيه ضيق بخلاف مثل البيع حيث إنه مبني على الدقة عرفاً فالغرر فيه أوسع.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ويجوز الصلح على الوضع ابتداءً بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته)، قال: (أما جواز الصلح على وضع الخشب مع عدده ووزنه فقد صرح به في المبسوط والتذكرة والإرشاد والدروس ومجمع البرهان والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك، غير أن في الأربعة الأخيرة تقييد في الابتداء كالكتاب، ليحترز عما لو وقع عليه الصلح بعد البناء، فإنه لا يعتبر حينئذ إلا تعيين المدة لصيرورة الباقي معلوماً، بخلاف ما إذا لم يبن لتفاوت الضرر ولا ضابط يرجع إليه عند الإطلاق) انتهى.

لكن لا يخفى أن الفرق بين الابتداء وغيره غير ظاهر، إذ ربما لا يكون

حتى بعد الابتداء معلوماً، كما إذا فعل وكيلهما ذلك في بلد آخر، وهما في بلدتان ولايعلمان هل أن الخشب طويل أو قصير، وأنه ثقيل أو خفيف، أو أنه يبقى مائة سنة أو عشر سنوات.

والعمدة ما ذكرناه من ملاحظة الغرر، فلا فرق فيه بين الابتداء والأثناء.

ومنه يعلم أن ما نقل عن مجمع البرهان، من اشتراط تعيين المحل الذي يوضع عليه طولاً وعرضاً وعمقاً، يلزم أن يقيد بما إذا لم يعين يكون غرراً.

ثم إن قولهم: هذا إذا كانت الآلات غائبة، ولو كانت مشاهدة كفت المشاهدة عن كل وصف، كما عن المبسوط والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، وفي مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما، إنما يريدون به ما لم يكن غرراً، إذ ربما يشاهد الإنسان الشيء لكن لا يعرف خصوصياته، مثلاً أن يرى الخشب لكن لا يعرف ثقله، أو لا يعرف عمره، إلى غير ذلك من الخصوصيات.

ثم إن المسالك قال: (أما لو كان موقوفاً على مصالح عامة بحيث لا يكون له مالك على الخصوص، كالمسجد وشبهه، لم يجز لأحد البناء عليه ولا الوضع بغير إذن الحاكم قطعاً، وليس له الإذن بغير عوض، وفي جوازه به ولا ضرر على الموقوف نظراً إلى مصلحة بفائدة العوض وعدمه لأنه تصرف في الوقف بغير موضوعه، ولأنه يثمر شبهة على تطاول الأزمان، وجهان أجودهما الأخير، وقواه في الدروس) انتهى.

لكن مقتضى القاعدة أنه إذا لم يكن يتوجه ضرر على حائط المسجد مثلاً من هذا الوضع لم يكن به بأس، إذا لم يكن منافياً لشؤون المسجد عرفاً، فيكون حينئذ مثل ضرب الخباء في المسجد أو الاتكاء على حائطه، لكن الظاهر أن كلامهما فيما إذا كان على الأسلوب المتعارف مما يتوجه بسببه ثقل وضرر،

ومنافاة لحق المسجد من البناء على حائطه.

وفي الجواهر بعد نقل الوجهين عن المسالك واختياره العدم قال: (لكن الإنصاف عدم خلو الأول من قوة)، وهو كما ذكره الجواهر لما عرفت، ثم قال: (ولو كان الوقف خاصاً جاز للناظر أو الحاكم مع ملاحظة مصلحة البطون، فيمضي حينئذ عليهم، وليس لأهل البطن الأول ذلك لما فيه من الضرر على البطون المتأخرة الذي لا يندفع بعد إجازتهم فيما بعد كما هو واضح) انتهى.

ومما ذكر يعرف ما إذا كان البناء للمسجد أو للوقف موضوعاً على حائط الغير، أو يراد وضعه عليه، أو كان الطرفان من البناء والحائط موقوفين، سواء على شكل واحد كالمسجدين، أو على شكلين كمسجد ومدرسة.

ثم إنه لو كان المسجد مثلاً موضوعاً على حائط الغير، أو بناء الغير موضوعاً على حائط المسجد فانهدم البناء أو المبنى، فالظاهر أنه إذا لم يعلم بقاء الحق أو ذهابه بالهدم يستصحب بقاء الحق كما سبق مثل ذلك، فلا يقال: إن المتيقن هو بقاء الحق ما دام بقاء البناء والمبنى فإذا انهدم أحدهما شك في أصل الحق فالأصل عدمه، لأن الاستصحاب محكم في مثل المقام.

ثم إنه لو كان حق صاحب البناء على الحائط بأن يبنيه صاحب الحائط، فلم يستعد لذلك جاز لصاحب البناء اللجوء إلى الحاكم لأجل إجباره، وإذا لم يمكن إجباره بسبب الحاكم وتمكن من التقاص جاز له ذلك، سواء بأخذ المال منه وبناء الحائط بنفسه، أو ببناء الحائط أولاً ثم أخذ المال من صاحب الجدار، فإنه لا يختلف الحال في التقاص بين أخذ المال أولاً والبناء بمال صاحب الحائط، أو بالبناء بمال صاحب البناء ثم أخذ المال من صاحب الحائط.

وكذلك في سائر الموارد، كما إذا بخل الزوج بإعطاء نفقه الزوجة، فإنه لا

فرق بين أن تأخذ من ماله بقدر نفقتها أولاً ثم تشتري به النفقة، أو تشتري النفقة من مالها ثم تأخذ من مال الزوج بقدر ما انفقت.

ثم الظاهر أن حال صاحب المبنى حال الشريكين، فكما أنه لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال المشترك إلاّ بإذن الشريك الآخر، كذلك لا يجوز لصاحب البناء التصرف في بنائه بما يوجب زعزعة الحائط، كما إذا أراد هدمه مما يوجب زعزعته، وإذا اختلفا فالمرجع الحاكم وهو يوزع الضرر عليهما بالصلح القهري ونحوه، وذلك لعموم ما دل على الحكم في المال المشترك.

وكذلك الأمر بالنسبة إلى الجارين حيث أراد أحدهما هدم داره مما يؤثر في دار الجار الآخر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

فلا فرق بين الاشتراك وبين الاعتماد، وبين الجوار وحتى غير الجوار أيضاً مما يوجب تصرف أحدهما تأثيراً في ملك الآخر، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب الغصب وكتاب إحياء الموات.

(مسألة ٩): قال في الشرائع: (لو تداعيا جداراً مطلقاً ولا بينة، فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضي له، وإن حلفا أو نكلا قضي به بينهما، ولو كان متصلاً ببناء أحدهما كان القول قوله مع يمينه)، إلى آخره.

أقول: قد يدعي كل واحد منهما كله أو بعضه، وقد يكون منهما أو من أحدهما أو من النائب منابهما أو مناب أحدهما جهل أو نسيان عن ماله وعن ما ليس له، فإن قال: كل واحد منهما لا أعلم هل هو كله أو بعضه لي أو لا، أو كان مثلاً الحائط بين دارين لصغيرين والوصي عليهما أو الحاكم الشرعي لا يعلم أن الحائط لهذا الطرف أو لذلك الطرف، فمقتضى القاعدة أنه يقسم بينهما نصفين لقاعدة العدل، ومقتضى القاعدة أن يكون التقسيم طولياً بأن يكون النصف المواجه لهذه الدار لهذا، والنصف المواجه لتلك الدار لذاك، لا عرضياً بأن يكون نصف الحائط لهذا ونصف الحائط لذاك، أي أن التنصيف يكون هكذا، وذلك لأن هذا النحو من التقسيم أقرب إلى العدل من التقسيم عرضاً باختصاص كل واحد بنصف الحائط مثلاً مما يكون النصف مواجهاً لهذه الدار وتلك الدار، اللهم إذا تصالحا على غير ذلك من التقسيم عرضاً أو التقسيم مورباً أو ما أشبه ذلك.

وكيف كان، فإذا كان لأحد الجانبين بينة فالحق معه، وإذا كان لكليهما بينة جرت قاعدة العدل بالتنصيف، وإذا لم تكن بينة فمقتضى القاعدة التحالف، فإذا حلفا أو نكلا فالتنصيف، وإذا حلف أحدهما دون الآخر فالحق مع الحالف.

أما إذا ادعى كل واحد الجميع وحلف أحدهما على النصف والآخر على الكل، كان للحالف على النصف الربع، وللحالف على الكل ثلاثة أرباع، لأن الحالف

على النصف لا ربط له بالنصف الآخر، فالنصف الآخر للذي حلف على الجميع، ويتساويان في حلف كل منهما على النصف فيقسم بينهما لكل منهما الربع.

قال في محكي التذكرة: (وعليه فإذا حلّف الحاكم أحدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الآخر عليه أيضاً، فإذا حلف قسم الجدار بينهما لعدم الأولوية، فإن نكل الآخر بعد حلف الأول على الجميع حكم للحالف به من غير يمين أخرى، ولو حلف الثاني على النصف بعد أمر الحاكم له على الحلف بالجميع، ففي الاعتداد بهذا اليمين وعدمه وجهان، وعلى الأول يكون النصف بينهما مع احتمال أنه للثاني خاصة، وإن قال في جواب الحاكم قبل الحلف: إني لا أحلف إلاّ على النصف، كان في الحقيقة مدعياً النصف) انتهى.

ثم إنه لو حلف أحدهما على الجميع، وقبل أن يحلف الآخر سقط عن إمكان الحلف بالموت والجنون وما أشبه، فإن كان الوارث أو الولي يدعي مثل ادعاء المورث والقاصر حلف هو مكانهما وأخذ الحق بالتنصيف أيضاً، إلاّ إذا كان هنالك وارثان أحد الوارثين مثلاً يدعي ادعاء أبيه فيحلف، وأحد الوارثين يقول: لا أعلم، أو لا يحلف، أو يعترف بأنه لم يكن لأبيه، حيث إنه في هذه الصورة لكل وارث حكمه، فإذا كان مثلاً ولدان ادعى أحدهما ادعاء المورث كان ثلاثة الأرباع للمدعي للكل الحالف، وربع لهذا الولد الذي يقوم مقام أبيه، كما أنه إذا كانت بنت وولد والبنت حلفت والولد لم يحلف، كان للبنت سدس المجموع والخمسة الأسداس الباقية للطرف الحالف، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما إذا قال الوارث والولي: لا نعلم، أو نعلم الكذب، أو لم يحلفا، فالحق يكون كله للحالف.

ثم إن الجواهر قال: (وأُس الجدار يتبع من يكون الجدار له اختصاصاً أو

اشتراكاً، فلو تنازعا حينئذ وأقام أحدهما بينة بالجدار فهو ذو يد في الأس، وكذا الشجرة مع المغرس، وذلك لأن كون الجدار حائلاً بين الملكين أمارة على اشتراك اليد، ولا دلالة على اشتراكهما في الأس والمغرس، فإذا ثبت الجدار لأحدهما اختصت به) انتهى.

ولا يخفى أن الأساس والمغرس ونحوهما قد يرى في العرف جزءاً من الغرس والجدار، وقد يرى منفصلاً، مثلاً المزهرية والنبت الذي فيها حيث يرى العرف أنهما اثنان، فإذا كانا اثنين كان في الأمر دعويان، ويمكن انفصال إحداهما عن الأخرى، ولكل دعوى موازينها من البينة واليمين، فلو ادعيا الجدار فيما كان منفصلاً عن الأس وسكتا عن الأس، وحلفا على الجدار لا يعطى الأس لهما بمقتضى الحلف، وإنما بمقتضى قاعدة العدل، وكذلك بالنسبة إلى المزهرية، أما إذا ادعى الجدار والأساس أحدهما، وادعى الجدار الآخر مع سكوته عن الأساس، وحلف هذا على الجدار والأساس، وحلف ذلك على الجدار، فإن الأس يكون للحالف دون من لم يحلف، وإذا كان عدم حلفه من باب عدم التفاته وموته بعد ذلك قبل استنطاقه، إلى غير ذلك من الصور، فكما تقدم في موت أحد المدعيين.

قال في المسالك: (أي متصلاً به اتصال ترصيف، وهو تداخل الأحجار واللبن على وجه يبعد كونه محدثاً، ومثله ما لو كان لأحدهما عليه قبة أو غرفة أو سترة، لأنه يصير بجميع ذلك صاحب يد فعليه اليمين مع فقد البينة، ولو اتصل بهما كذلك أو كان البناء لهما أو اختص أحدهما بصفة والآخر بأخرى فاليد لهما، وكذا لو كان لأحدهما واحدة والباقي مع الآخر، إذ لا أثر لزيادة اليد في الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما كما يقسم لو نكل) إلى آخره.

وقد تبع الشرائع

في ذلك القواعد والتذكرة والجواهر ومفتاح الكرامة وغيرهم، وذلك لأنه مقتضى قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر، فإن ذا اليد يكون منكراً وطرفه يكون مدعياً، فإذا لم تكن له بينة حلف المنكر.

ثم إنه لو كان الحائط مقسماً فأكثره مع طرف وأقله مع طرف آخر، فمقتضى القاعدة أن كل واحد منهما ذا يد على طرفه، فإذا ادعى كل واحد منهما كل الحائط يكون مدعياً على ما بخلافه ومنكراً على ما بوفاقه، ولا خصوصية في الأمور المذكورة لجعل أحدهما صاحب يد، بل المعيار هو العرف، فكلما رأى العرف من العلامات الموجبة لأن يكون أحدهما صاحب يد يكون هو صاحب اليد، ويكون الآخر منكراً.

والقبة لا يشترط فيها أن تكون من فوق، بل القبة المقلوبة أيضاً دليل على أن الحائط لصاحب القبة.

قال في الجواهر: (ولو بنى الجدار على جذع داخل طرفه في بناء أحدهما، ففي التذكرة كان بذلك صاحب يد، ونظر فيه في الدروس من أنه كالأس أو كالجزء، قال: ولو اتفقا على ملكية الجذع لصاحب الجدار المولج فيه، فاحتمال اختصاصه أقوى، وظاهره قوة الاختصاص في الأول، ولعله كذلك، ضرورة ظهور الفرق بينه وبين الأس بكون الخشبة شيئاً واحداً، بخلاف الأس فإنه أجزاء متعددة لاعتبار تعدد آلاته) انتهى.

ولا يبعد أن يكون الحكم كذلك، إذ يراه العرف ذا يد ويكون الخارج مدعياً، ولعل من ذي اليد أيضاً ما إذا كان الحائط ذا ترصيفين كأنه حائطان متلاصقين، حيث إن كل ترصيف إلى جانب يكون صاحب ذلك الجانب هو ذو يد عليه عرفاً، وحيث كان المعيار في المدعي والمنكر أن يكون أحدهما ذا يد دون الآخر، فإذا اختلف العرف فرأى بعض العرف أن هذا ذا يد، ورأى بعض

العرف أن ذاك، يتساقطان ويرجع الأمر إلى التحالف أو الإتيان بالبينتين كما هو مقتضى القاعدة.

ثم إن الجواهر قال: (ولو كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع، قيل: لا يقضي بها، وقيل: يقضي مع اليمين وهو الأشبه).

وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد: (فإن فقدت البينة في الجدار الذي بين ملكيهما فهو لمن اتصل به بناؤه مع اليمين أو لمن جذعه عليه على رأي) قال: (مخالفاً للخلاف والمبسوط حيث حكم فيهما بأنه لا يحكم بالحائط من الجذوع له، بل يكون بينهما نصفين، موافقاً للسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة، لأن وضع الجذع يفيد اليد للواضع فيبقى الآخر خالياً فأشبه الحمل على الدابة والزرع في الأرض) انتهى.

وقد استدل محكي الدروس لمذهب الخلاف والمبسوط بأن في كون الجدار سوراً للدارين دلالة ظاهرة على أنه في أيديهما ووضع الجذع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص أحد الساكنين بزيادة الأمتعة، وفيه: إن الظاهر أنه ذا يد كما يراه العرف، فقول المشهور هو الأوفق بالقاعدة.

ولذا قال في المسالك في تضعيف دليل الشيخ بمنع دلالة كونه بينهما على اليد إذا لم ينضم إليه تصرف بوجه من الوجوه السابقة، وحينئذ فوضع الجذع يفيد اليد للواضع ويبقى الآخر خالياً، ويكون حكم الجذع حكم ما سلف من المرجحات، ولو جامعها اعتبر ما فصلناه، والظاهر أن مراده (بأن أحدهما ذا يد ويبقى الآخر خالياً) ما يراه العرف، لا أنه ليس الآخر ذا يد وإلا ورد عليه ما أشكل عليه في الجواهر بقوله: (إنه لا إشكال في كونه يداً لهما كما اعترف به هو سابقاً، ولذا لو

ادعاهما به أجنبي كان القول قولهما بيمينهما) انتهى.

وعليه الذي هو مقتضى الجمع بين كلاميه، فإشكال الجواهر عليه محل نظر.

ثم إنه لا فرق بين الجذع الواحد وما زاد عليه عند عامة أهل العلم في الدلالة على الاختصاص والمنع كما في التذكرة، وفرق الكوفي بين الجذع والجذعين كذا في مفتاح الكرامة، ومقتضى القاعدة هو ما ذهب إليه عامة أهل العلم، إذ الدلالة تابعة لجنس الجذع لا لوحداته.

ومما تقدم يظهر أنه لو كانت داران علو وسفل والحائط ممتد على جانب منهما من الأرض إلى السقف، وكان بين الحائط جذع يدعي كل واحد منهما أنه له، هو فوق للحائط التحتاني وتحت للحائط الفوقاني، يكون كلاهما متساوياً فيه من حيث اليد، لتعارف جعل الجذع تحت الحائط كتعارف جعله فوق الحائط، فلا أولوية لأحدهما على الآخر.

ولا يخفى أن حال الحديد ونحوه حال الجذع في المسائل المذكورة، إذ لا خصوصية كما هو واضح.

قال في الشرائع: (ولا يرجح دعوى أحدهما بالخوارج التي في الحيطان ولا الروازن).

وفي المسالك: (المراد بالخوراج كل ما خرج عن وجه الحائط من نقش ووتد ورف ونحو ذلك، فإنه لا يفيد الترجيح لمالكه، لإمكان إحداثه له من جهته من غير شعور صاحب الجدار، ومثله الدواخل فيه كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكر).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: ولا ترجيح بالدواخل كالطاقات والمحاريب، ولا بالخوارج كالصور والكتابات والروازن والشبابيك، كما صرحوا به بدون خلاف أصلاً، ثم علل بالتعليل المتقدم عن المسالك، وأشكل في الجواهر على التعليل بأنه مناف لأصالة الصحة في تصرف المسلم، ثم علل

عدم ترجيح الدعوى بأحدهما بعدم دلالة الخوارج والدواخل عادة على الاختصاص بحيث تقطع يد الاشتراك، إذ الروزن ونحوها إنما تصنع غالباً لبيان الاستحقاق في الجدار، لا لاستحقاقه، وحينئذ لا فرق في ذلك بين احتمال حدوثها وعدمه في عدم قطع يد الاشتراك المتوقف على وجود ما يرجح عليه مما يدل على الاختصاص ولو بأمارة ظنية عرفية كالتصريف بين الجدارين الظاهر في أنه جدار واحد، وكذا القبة والسترة الكائنتان في الجدار نفسه، انتهى.

والحاصل: إن المهم هو رؤية العرف أحدهما ذا يد، والدواخل والخوارج لا تدل على ذلك عرفاً، أما مسألة المشروع وغير المشروع فهي بمعزل عن محل الكلام.

ومما تقدم ظهر أنه لو انعكس الفرض، بأن كان بعض ما يرى في الزمان القديم دليلاً على ذي اليد يرى في الزمان الحاضر دليلاً على خلافه يكون المحكم هو العرف.

ولو تخالف العرف الخاص والعرف العام فالمحكم هو العرف الخاص، كما إذا كان محله في مدينة يضعون العلائم على خلاف العلائم الموضوعة في المدينة في غير تلك المحلة.

وبعد كون المعيار رؤية العرف أحدهما ذا يد دون الآخر، لا يختلف الحال بأن يكون العرف يرون ذا اليد من جهة نفس الجدار أو من جهة التصرف في الجدار، ولو كان طارياً.

ولذا قال في الجواهر: إن أمارة الاختصاص تكون على وجهين، أحدهما في الجدار نفسه، وثانيهما في التصرف، ولو كان طارياً إذا كان على وجه يقتضي الاختصاص بالمتصرف، وإن كان التصرف حادثاً، كما أنه لا فرق في التصرف بين أن يكون تصرفاً باقياً أو تصرفاً وقتياً، كما إذا اعتاد أن الجدار الذي بين الحائطين من الإسمنت يرشه بالماء صاحبه دون غيره كل

يوم في أيام الحر فرأينا أن أحدهما يرشه بالماء كل يوم دون الآخر، فإنه دليل على أنه له، فلا حاجة إلى بقاء الأثر كالكتابة والتزيين وما أشبه.

ومنه يعلم الحال فيما إذا كان العرف يرون أن الحائط من بناء هذا الجانب لا من بناء ذلك الجانب، كما إذا كان معمل إلى جنبه دار والدور يتعارف فيها بناء حيطانها من اللبن والجص، بينما المعامل تبنى حيطانها من الإسمنت المسلح ونحوه، فإن كان من اللبن فهو للدار، وإن كان من الإسمنت فهو للمعمل، إلى غير ذلك من الأمور العرفية التي تجعل أحدهما ذا يد دون غيره.

أما إذا لم تكن العلامة بحيث تجعل أحدهما ذا يد دون الآخر فالأمر مرجوع إلى التحالف ونحوه، والظنون لا تنفع إلاّ إذا وصلت إلى العلم العادي.

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: ولو اختلفا في خُص (بالضم ما يعمل من القصب شبه الجدار حاجزاً بين الملكين) قضي لمن إليه منهما معاقد القُمط (بالضم أيضاً جمع قماط وهي شداد الخص من ليف أو خوص أو غيرهما) عملاً بالرواية.

وفي مفتاح الكرامة: (حكى على هذا القول الشهرة الشهيدان في الدروس في موضعين، والمسالك والروضة والمقداد والمحقق الثاني في تعليق النافع والمقدس الأردبيلي، بل ظاهر التذكرة والمسالك أيضاً الإجماع عليه، وهو صريح الغنية والسرائر، وفي المبسوط نسبته إلى رواية أصحابنا، ثم قال: والمخالف والمتأمل الشيخ في المبسوط والمحقق في قضاء النافع وفخر الإسلام والصيمري وأبو العباس في المهذب البارع والمقتصر، وقد نسب الأخير الخلاف إلى المتأخرين كافة وهو غريب، لأن أساطينهم كابن إدريس والمحقق

في الشرائع والمصنف والشهيد ممن تقدم عليه عاملون بالخبرين، نعم لا ترجيح في التنقيح) انتهى.

والمراد بالرواية ما رواه المشايخ الثلاثة عن منصور بن حازم في الصحيح، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام)، قال: سألته عن خُص بين دارين، فذكر: «أن علياً (عليه السلام) قضى به لصاحب الدار التي من قبله معاقد القُمط»[1].

وبدّل الخُص بالحظيرة في محكي الكافي والفقيه.

وفي التهذيب والكافي مكان (فذكر) لفظ (فزعم).

وفي رواية أخرى رواه الفقيه، عن عمر بن شمر، عن جابر، عن أبي جعفر (عليه السلام)، عن علي (عليه الصلاة والسلام): «إنه قضى في رجلين اختصما في خُص، فقال: إن الخص للذي إليه القُمط»[2].

وفي رواية عامية رواها سنن البيهقي: إن قوماً اختصموا إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) في خُص، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم، فحكم به لمن إليه معاقد القُمط، ثم رجع إلى النبي (صلى الله عليه وآله) فأخبره فقال: «أصبت وأحسنت»[3].

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (صلوات الله عليه): «إن رجلين اختصما إليه في حائط بين داريهما ادعاه كل واحد منهما دون صاحبه، ولا بينة لواحد منهما، فقضى به للذي يليه القمط».

قال مؤلف الدعائم: (أي الرباط والعقد إن كان ذلك باللبن أو بالحجر نظر، فإن كان معقوداً ببناء أحدهما فهو له، وإن كان

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٧٢ الباب ١٤ من أبواب أحكام الصلح ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٧٣ الباب ١٤ من أبواب أحكام الصلح ح٢.

(٣) سنن البيهقي: ج٦ ص٦٧.

معقوداً ببنائهما معاً فهو بينهما معاً، وكذلك إن لم ينعقد ببناء واحد منهما فهو بينهما بعد أن يتحالفا، ومن حلف منهما ونكل صاحبه عن اليمين كان لمن حلف إذا كان معقوداً إليهما معاً أو غير معقود، وإن كان من قصب نظر إلى الرباط من قبل من هو فيقام مقام العقد)[1]، انتهى كلام الدعائم.

أقول: لا يخفى أن مقتضى القاعدة مع غير المشهور، إذ الرواية لا دلالة فيها على الخصوصية دائماً، بل الأقرب أنها قضية في عرف خاص، فإذا كان عرفنا على خلاف ذلك أو لا عرف لا يمكن أن يتمسك بالرواية في أعرافنا.

فقول الجواهر: (إن الحكم بذلك مستند إلى الرواية وإلى فتوى المعظم من الأصحاب، فما عن قول للشافعي من الحكم بعكس ذلك في غير محله، وكذا ما عن أبي حنيفة من عدم الترجيح بذلك، بل وما عن المصنف في النافع من نحو ذلك قائلاً: إنها قضية في واقعة فلا يتعدى الحكم، وحينئذ فحكم الخُص حكم الجدار بين الملكين، سيما بعد قول الباقر (عليه الصلاة والسلام) في خبر عمر) انتهى.

ولعله أشار بالتأمل إلى ما ذكرناه، ويؤيد ما ذكرناه، وإن كان التأييد ضعيفاً غايته، ما ورد في الرواية العامية من أن الرسول (صلى الله عليه وآله) بعث حذيفة ليحكم بينهم فحكم، فإنه من الواضح أن حكم حذيفة لم يكن حكماً بمقتضى دليل شرعي خاص، وإنما هو بمقتضى العرف الذي كان متعارفاً في ذلك الزمان، ويظهر من مفتاح الكرامة نوع تردد في المسألة، حيث قال: (لا ريب أن الروايتين مخالفتان لأصول المذهب، ويمكن تخصيصها بهما لمكان التكافؤ، وقد يعمل

(١) دعائم الإسلام: ج٢ ص٥٢٣.

بهما فيما إذا اقتضت العادة كون وقوع وجه القماط إلى جانب قرينة على ملكية الخُص، لكن النص والفتوى مطلقان).

ثم قال: (نعم قد نقول بتخصيص الحكم بمورد الرواية من الخُص دون غيره وإن حصلت فيه نحو معاقد القُمط وشهدت العادة بكون ذلك قرينة على الملكية، إذ أقصى ذلك الظهور، ولا يخصص به الأصول، بل ترجح هي عليه، حيث لا يقوم على ذلك دليل، كما قام فيما نحن فيه أعني الخص، ومع ذلك كله فالمسألة بحاجة إلى تتبع أوسع وتأمل أعمق).

ومما تقدم يعلم حال السقف بين الطابق الفوقاني والطابق السفلاني إذا كان المتعارف أن يجعل في طرف المالك علامة خاصة، فإنه يكون ذا يد عليه دون غيره، وإلا فالحكم التحالف ونحوه على ما تقدم.

ثم على المشهور لو اختلف معاقد القُمط بأن كان بعضها في هذا الجانب وبعضها في ذلك الجانب، فإن كان في نصف ونصف، سواء طولاً أو عرضاً، كان محكوماً على التقسيم، والمراد بالنصف الهندسي لا العددي، فلا فرق بين أن يكون ربع إلى هذا الجانب وثلاثة أرباع إلى ذلك الجانب، أو نصف في هذا الجانب ونصف في الجانب الآخر مثلاً، أما إذا لم يكن منظماً بأن كان بعضها معقودة في هذا الجانب وبعضها معقودة في ذلك الجانب متناثرة ومبعثرة، لم يكن دليل لأحد الجانبين، وإنما كان مقتضى القاعدة التحالف.

ومما تقدم يعرف حال الحيطان التي تجعل في طرف من طرفيه أنصاف اللبن خارجة، حيث إنها في الأعراف المتعارفة في العراق كما رأيناها، دليل على كون ذلك الجانب المسنن صاحب اليد دون الجانب المسطح.

(مسألة ١٠): قال العلامة في القواعد: (لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق).

وفي مفتاح الكرامة: (كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، وظاهر الأول الإجماع عليه، لأن موضع البيع الأعيان، والمخالف الشافعية حيث ألحقوا الحقوق المتعلقة بالأعيان بالأعيان، ويصح الصلح على الحقوق المذكورة بشرط التعيين كما صرح به هؤلاء، وكذا الشيخ في المبسوط والشهيدان في اللمعة والروضة في الصلح على إجراء الماء) انتهى.

أقول: قد ذكرنا في كتاب البيع أن مقتضى القاعدة صحة بيع أمثال ذلك، فإن البيع في الأمور المذكورة عقلائي، فيشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾[1]، وسائر أدلة البيع[2]، وتعريف بعضهم البيع بأنه مبادلة مال بمال، إن لم يرد الأعم من المال لم يكن فيه حجة، لأنا نعرف أن اللغويين إنما يأخذون الألفاظ من العرف فإذا رأينا العرف يخالفهم نعرف أنهم لم يتمكنوا من الاستيعاب، كما هو المشاهد في كثير من التعريفات، ويؤيد ذلك تخالفهم في معنى الألفاظ.

وعلى أي حال، فالهواء أيضاً ممكن بيعه، كما إذا بنى داره طابقاً، ثم باع هواءه، فإنه لا يحق له التصرف في الهواء بعد البيع، كما أنه إذا بنى داره طابقين وباع الطابق الثاني ثم انهدم الطابق الثاني، فإن الهواء حق للمشتري لا للبائع، فيحق له إعادة البناء، كما ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب إحياء الموات، مما هو متعارف الآن في بيع الطبقات كل طبقة لإنسان.

---

(١) المائدة: آية ١.

(٢) البقرة: آية ٢٧٤.

نعم لا إشكال في صحة الصلح، والظاهر أنه يصح العارية والإجارة ونحوهما بالنسبة إلى الهواء.

ثم إن المراد ببيع الهواء ما ذكرناه، أما بيع الهواء بمعنى الهواء المكدوسة في كيس ونحوه فلا إشكال في جوازه، وإن لم أجده معنوناً في كلام الفقهاء، وذلك لإطلاق الأدلة بعد العقلائية، وإن لم يكن متعارفاً في الزمان السابق، وإنما تعارف في الزمان الحاضر، وذلك كبيع الهواء المخزونة في المنفاخات وغيرها.

وعليه فيصح أن يشتري صاحب العجلة للسيارة ونحوها من المنفخ كمية من الهواء، كما يصح له أن يعطي له أجرة حتى ينفخ في عجلته كمية من الهواء، وإنما يصح البيع لأنه يحوز الهواء ثم يدخله في عجلة صاحب السيارة، فلا يقال: إن الهواء من المباحات، فأي ربط له بالنافخ.

والهواء حيث كان قابلاً للسعة والضيق، فاللازم بيان الكمية والخصوصية، كما أنه في الإجارة أيضاً يجب أن يكون مدة النفخ وشدته وضعفه أيضاً معلوماً مما يختلف بسببه الأغراض والدواعي، فقد يستأجره لمدة ساعة على أن ينفخ نفخاً شديداً، وقد يستأجره ساعة على أن ينفخ نفخاً متوسطاً أو ضعيفاً، وقد يستأجره ليملأ العجلة بالهواء ملأً لا يمكن التكدس بعده، إلى غير ذلك من الصور المعروفة لدى النافخين.

ثم الظاهر أنه يأتي أقسام البيع في الهواء من الكلي في المعين، إلى الكلي المطلق، أو المشاع المخصوص، فإذا عين الهواء كل طبقة مثلاً بمائة، وكانت الأرض إلى مائة طابق في حيازة هذا الإنسان، صح له أن يبيع طابقاً من هذه الطوابق ليبني المشتري فيه ما يشاء، كما يصح له أن يبيعه عشرة أمتار في

عشرة أمتار مثلاً من هواء مّا على نحو الكلي، فيسلمه حيث يشاء مما لا يكون فيه غرر أو محظور آخر، أو أن يبيعه الهواء مشاعاً بينه وبينه، أو بين المشتري وبين غيره.

إلى غير ذلك من الأقسام المذكورة في كتاب البيع، حيث إنها تأتي في الهواء كما تأتي في غيره.

كما أن الاستطراق أيضاً كذلك.

وهكذا بالنسبة إلى مسيل الماء، فإذا كان له دار ذات بابين بين شارعين، حق له أن يشتري منه الاستطراق بدخوله من هذا الباب وخروجه من الباب الآخر إلى الشارع الثاني، لكن يجب أن يكون الأمر أيضاً على نحو لا يوجب الغرر والجهالة ونحوهما من الأمور المنافية للبيع، كما يصح الصلح على كل ذلك.

وهكذا الحال إذا كانت له سواقي أو أنابيب يصلح لمرور الماء، فيبيعه أو يصالح معه على المرور في جميعها أو في بعضها، على نحو الشخصي أو الكلي في المعين، أو أن يبيع ذلك على نحو الكلي في الذمة مما هو قابل للتطبيق في الخارج.

ومما تقدم يعلم حال إيجار أو بيع أو صلح ما إذا كان في الغرف أنابيب لمرور الهواء للكنس، كما هو المتعارف في بعض البلاد.

ومثل ما تقدم الحال في المنفاخ لأجل إشعال النار، وفي قاذفات النار المعتادة عند الصياغ ونحوهم، حيث يمكن الإيجار أو الصلح أو البيع بالنسبة إلى قاذفة الهواء والنار، كل حسب شروطه وموازينه.

ويصح كل ذلك بيعاً وصلحاً وإيجاراً بالنسبة إلى المياه وخراطيمها، بل

يمكن هنا إيجار الماء أيضاً، حيث إن ماء الفوارة يعود إلى الحوض فيبقى عينه مع إمكان الاستفادة منه منظراً أو تهويةً أو ما أشبه.

وعلى أي حال، فبموازين الثلاثة يمكن إجراء المعاملات المذكورة على ما ذكر من الماء والنار والهواء وغيرها، بالإضافة إلى إجراء الثلاثة على الأرض كما هو واضح.

(مسألة ١١): قال في الشرائع: (لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا إدخال خشبة إلاّ بإذن شريكه).

وفي الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال، لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، عقلاً وشرعاً، من غير فرق بين المضر وغيره).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو كان مشتركاً لم يكن لأحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره إلاّ بإذن شريكه)، قال: (كما في المبسوط والخلاف والشرائع والتحرير والتذكرة والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها).

وعن التذكرة أنه قال: (إنه ليس لأحد الشركاء التصرف فيه بشيء من وجوه الانتفاعات حتى ضرب الوتد وفتح الكوة، بل ليس له أخذ أقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب بدون إذن جميع الشركاء).

وفي الدروس: (إنه ليس له حك شيء من آلاته حجراً كان أو آجراً ولا الكتابة عليه، وقالوا: إنه له الانتفاع به بالاستناد إليه أو إسناد المتاع مع انتفاء الضرر).

وفي التذكرة وجامع المقاصد والمسالك: إنه لو منع المالك حرم، لأنه نوع تصرف بايجاد الاعتماد، لأنه خلاف الاستظلال.

وفي الدروس: الأقرب أن ليس له المنع إذا كان المجلس مباحاً كما هو المفروض.

ومقتضى القاعدة أن كل ما يعد تصرفاً يحرم، سواء كان ضاراً أو غير ضار، أما الاتكاء على الحائط في الشارع فالظاهر أنه لا يعد تصرفاً عرفاً، فلا يقال إنه إنما يجوز للعلم بالرضا، إذ:

أولاً: من أين العلم بالرضا.

وثانياً: إن كثيراً من البيوت بيوت موقوفة، أو أصحابها صغار وقصر، فكيف يمكن التصرف بدون العلم برضا أوليائهم.

والحاصل: إن أدلة الغصب، ومثل «لا يتوى» وما أشبه، لا تشمل الاستناد ونحوه عرفاً، فلا يقال: إنه إذن مالكية أو إذن شرعية، وإنما المنع الشرعي لا يشمل مثل ذلك، فما في الجواهر حيث قال: (إن الجواز للإذن الشرعية لا المالكية المدلول عليها بشاهد الحال، فلا فرق حينئذ بين ملكه لمولى عليه وغيره، للسيرة المستمرة، إلاّ أن الإنصاف كون المتيقن منها حال عدم التصريح بالمنع لا مطلقاً، لأن الناس مسلطون على أموالهم، وفرق واضح بين الاستناد ونحوه وبين الاستظلال ونحوه بالتصرف في مال الغير في الأول بخلاف الثاني، اللهم إلاّ أن يقال: إن في المنع عن ذلك ونحوه في الجدران المشتركة بين الأملاك وفي الطريق النافذة وغيرها عسراً وحرجاً، على أن الانتفاع بالفضاء المملوك مثلاً لا يتم إلاّ بالممارسة للجدار، والامتناع عن بعضه مقدمة ليس بأولى من سقوط حرمة مثل ذلك مقدمة، جمعاً بين الحقين، ولقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[1]) إلى آخره، محل نظر، فإن الجواز ليس مستنداً إلى الإذن الشرعي، ولا إلى العسر والحرج، كما أن «الناس مسلطون»[2] ونحوه لا يمكن أن يكون مستنداً بعد عدم رؤية العرف ذلك، فهو مثل الاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجداره والنفخ في الهواء مما يصل إلى الجدار ونحوه، حيث لا يمكن القول بالمنع عن ذلك، سواء سكت المالك أو منع.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المسالك حيث قال: (واستثني من ذلك الاستناد إليه، وإسناد المتاع مع انتفاء الضرر، لأنه بمنزلة الاستضاءة بسراج الغير

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح٥.

(٢) البحار: ج٢ ص٢٧٢ (الطبعة الحديثة).

والاستظلال بجداره، نعم لو منع المالك والشريك من ذلك كله حرم وفاقاً للتذكرة) انتهى.

فإن الاستضاءة والاستظلال إذا لم يكن تصرفاً عرفاً لا وجه للمنع إطلاقاً، نعم إذا كان تصرفاً عرفاً كما إذا وضع حائطاً ليجلس في ظله المارة لإعطائهم الأكل أو الشاي أو أخذ الأجرة منهم بجهة استظلالهم كان تصرفاً، وكذلك إذا أضاء مصباحه لإجلاس المارة ونحوهم، فإنه يعد تصرفاً أيضاً، كما ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب إحياء الموات.

ومنه يعلم حال الاستفادة من برد أو حر الجار ونحوه، كما إذا أبرد غرفته وكانت للغرفة كوة يطلع منها البرد إلى الخارج فيستفيد هذا الإنسان من البرد، وكذلك إذا أشعل النار في غرفته مما خرجت الحرارة من الكوة فاستفاد منها، وهكذا الحال في ما إذا استفاد من زناده عند القدح بأن قرب قطنه من مشع الزناد فاحترقت القطن مما أوجد في القطن النار، إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة، فإنها ليست تصرفاً عرفاً، وليست تويا للحق، ولا يسمى غصباً.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا نظر إلى تلفزيون غيره، أو إلى شاشة السينما من البعيد مما لا يعد تصرفاً، أو استمع إلى صوته من البعيد، وإن قال بأنه لا يرضى بذلك، أو استنشق عطره أو تنفس في طحينه المثار في الهواء مما لا يعد مالاً عرفاً فدخل بعض الطحين في جوفه، أو مرّ من قرب حديقته حيث الهواء الطيب العطر، إلى غير ذلك، فإن الأدلة لا تشمل كل ذلك.

أما الكتابة على الحيطان فهو تابع لرؤية العرف أنه تصرف أم لا، فإذا رأى العرف التصرف لم يجز، وإذا لم يره جاز، ومنه يعلم جواز غسل الجار الشارع أمام بيته وإن ترشح الماء إلى حائط الجار أو جرى إليه إذا لم يكن عرفاً منافياً لحقه ولا ضاراً،

وفي الغالب ليس كذلك، وكذلك ليس من الضرر والتصرف ما إذا كنس داره أو شارعه وغيرهما مما أثار الغبار إلى دار الجار ودكانه.

وحال الاستناد في الجواز حال المماسة، ولذا قال في الجواهر: (إن الدليل المتقدم في مثل «لا ضرر» وغيره إنما يقتضي جواز المماسة للاستناد).

ولعله يمكن الفرق بينهما إن لم يكن سيرة تقتضي بجوازه حتى مع المنع.

ومنه يعلم جواز مماسة الإنسان للإنسان في الشارع أو الطريق أو المجلس أو الحرم أو غيرها، كما يعلم عدم جواز إلقاء ثقله عليه، لأن المماسة ليست تصرفاً بخلاف إلقاء الثقل.

وأما ما يتعارف في المطاف والمسعى والمرمى من التزاحم ونحو ذلك مع أن الحق لبعضهم دون بعض، وكذلك في المساجد وأعتاب المعصومين (عليهم السلام) ومجالس الفواتح وغيرها، فإن ذلك من باب العلم بالرضا والسيرة المستمرة وما أشبه، فإنها كانت متعارفة منذ زمان الرسول (صلى الله عليه وآله).

أما إذا صرح أحدهم بأنه لا يرضى بالمزاحمة، وكان الحق له فلا يجوز أيضاً، لأنه تصرف وخلاف «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»، فإن مقتضى ذلك أن الإنسان مسلط سلباً وإيجاباً، إيجاباً بالتصرف وسلباً بمنع الغير.

ومنه يعلم أنه ليس من التصرف فيما إذا لم يعده العرف كذلك، ما إذا سبب تحرير أو تبريد غرفة الغير بسبب تبريد أو تحرير غرفته، أو إيصال رائحة حسنة أو كريهة إلى دار الغير، أو إيصال الصوت الحسن أو السيء، أو وضع مرآة في داره تعكس النور مثلاً إلى دار الغير، فإنها ما لم يعدّها العرف تصرفاً، أو كان ضرراً أو إيذاءً، لم يكن بذلك بأس، أما إذا كان ضرراً أو إيذاءً أو عدّه العرف تصرفاً لم يجز ذلك.

(مسألة ١٢): قال في الشرائع: (ولو انهدم ـــ أي الجدار ـــ لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته).

وفي الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال للأصل وقاعدة التسلط).

وقد نسب مفتاح الكرامة هذا الحكم إلى المبسوط والخلاف والتحرير والتذكرة والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية، وظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث نسبه إلى علمائنا، وفي المسالك: لا كلام فيه.

وعلى أي حال، فكل من الهدم والبناء متوقف على إذن الشريك، فإذا أراد الشريك هدم حائطه أو غيره من المال المشترك أو بناء الحائط المهدوم المشترك أو نحو ذلك، توقف على إجازة الشريك، لأنه لا يجوز التصرف في مال الغير إلاّ بإذنه، سواء كان بعيداً أو قريباً.

هذا إذا لم يكن اضطرار إلى الهدم، مثلاً كانت العمارة مشرفة على الهدم حتى إذا لم تهدم سبب أضراراً مالية أو غيرها، أو كان عدم البناء موجباً للأضرار المالية أو غيرها، وإلا فإن كان اضطرار فإن إذن الشريك فهو، وإلاّ رجع الشريك المريد للهدم أو البناء إلى الحاكم الشرعي، لأنه ولي الممتنع.

ولو أراد الشريك هدم أو بناء قدر حصته أو أقل، مثلاً حصته النصف فأراد هدم أو بناء النصف، أو هدم أو بناء الربع ولم يجز الشريك، كان المرجع الحاكم، وهو يعطي إجازة البناء أو الهدم لحصة المريد بدون التقسيم، أو يقسم فلا حاجة إلى الإجازة على حسب موازين القسمة.

والظاهر أنه إذا دار الأمر بين تقسيم الحاكم حتى يكون للمريد هدم أو بناء حصة نفسه فقط، وبين إجازته للهدم أو البناء بقدر الحصة من المشترك، قدم التقسيم، لأن التقسيم يوجب عدم التصرف في مال الشريك، أما إجازة البناء

أو الهدم، فإنه يوجب التصرف، وسلطة الحاكم الشرعي مختصة بالضرورة وبقدرها، فحيث لا ضرورة في التصرف في مال الشريك بالبناء أو الهدم، وذلك بتقسيمه لا تصل النوبة إلى إجازته التصرف في مال الشريك.

وكذلك الحال في كل مورد دوران بين التصرف في الأقل أو الأكثر من الحاكم الشرعي، كما إذا أراد الدائن التقاص من مال المدين وكان له مالان يمكن التقاص من أيهما، أحد المالين في المباح، وأحد المالين في داره، فإنه لا يحق للحاكم الشرعي إذنه بالتقاص من المال الذي في الدار بعد إمكان التقاص من المال الذي في المباح، لأنه تصرف زائد في مال المدين من غير ضرورة، والضرورات تقدر بقدرها.

وقد ذكرنا في غير مورد أن تصرفات الحاكم الشرعي في أمثال هذه الأمور من الضرورة، فيجب أن تقدر بقدرها.

ومنه يعلم أنه لو دار الأمر بين الترميم أو البناء من جديد، وبين الهدم أو التخفيف، كان للحاكم الشرعي إجازة الأخف منهما دون الأثقل، لأنه لا ضرورة إلى الأثقل ما دام يمكن الأخف.

ومما تقدم يظهر وجه قوة ما جعله الجواهر أقوى قال: (الأقوى توقف عمارته من الشريك خاصة على إذن الآخر لذلك أيضاً، خلافاً لبعضهم فجوزه لأنه نفع وإحسان، وحكاه في الدروس عن الشيخ، ولعله الظاهر من قواعد الفاضل، وفيه منع اقتضاء ذلك الجواز، وآخر ففرق بين إعادته بالآلة المشتركة فلا يشترط رضاه، وبين إعادته بآلة من عنده فيشترط لبقائه شريكاً على الأول بخلاف الثاني، وفيه ما عرفت أيضاً) انتهى.

ثم لو اختلف الشريكان في كيفية البناء، كان المرجع الحاكم الشرعي،

وكذلك إذا اختلفا في كيفية الهدم، مثلاً أراد أحدهما بناء الحائط بقدر ذراع، وأراد الآخر بقدر نصف ذراع، أو أراد أحدهما البناء بالآجر، وأراد الآخر بالإسمنت، وكذلك لو أراد أحدهما الهدم بالآلة الحديثة، وأراد أحدهما الهدم بسبب العمال بالوسائل القديمة، وإذا راجعا الحاكم فإن تمكن الحاكم من التقسيم ليعمل كل في حصته بما يريد فهو المقدم، على ما عرفت في الفرع السابق، وإن لم يتمكن فإن أمكن الجمع بين الرأيين ببناء بعض هكذا وبناء بعض هكذا، أو هدم بعض هكذا وهدم بعض هكذا، كان هو مقتضى قاعدة العدل، وإلا فالمرجع رأي الحاكم أو القرعة.

أما الأول: فلأن الحاكم موضوع لفصل الخصومات بما يرى، وهذه منها.

وأما الثاني: فلأنها لكل أمر مشكل[1]، لكن عدم احتياج الحاكم إلى القرعة أقرب، حيث إن أمثال هذه الأمور من شؤون الحاكم عرفاً، فجعل الشارع الفقيه حاكماً معناه أنه يتصرف كما يتصرف سائر الحكام، كما ألمعنا إلى ذلك في بعض مباحث الفقه.

ثم إن المحكي عن الدروس أنه قال: ولو بناه أحدهما بالآلة المشتركة كان بينهما، وفي توقفه على إذن الآخر مع اشتراك الأساس احتمال قوي، ولو أعاده بآلة من عنده فالحائط ملكه، والتوقف على إذنه هنا أقوى.

أقول: أما قوله: (كان بينهما) فيه: إن اللازم أن يكون سعي الباني لنفسه، لا أن يكون قسم من سعيه لغيره، بمقتضى ﴿أن ليس للإنسان إلاّ ما سعى﴾ كما ذكرنا ذلك مفصلاً في كتاب الغصب.

(١) الوسائل: ج١٨ ص١٨٩ الباب ١٣ من أبواب الحكم وأحكام الدعوى ح١١.

وأما قوله: (احتمال قوي) ففيه: إنه لا وجه للاحتمال الآخر، إذ الأساس لما كان لهما كان التصرف فيه بوضع الحائط عليه متوقفاً على إذنهما، فاللازم الإذن من الآخر.

وأما قوله: (فالحائط ملكه) فاللازم أن يقيد بلزوم إعطاء الباني للآخر حقه، بل لو كان ارتفاع لقيمة الحائط بسبب الأساس كان الارتفاع لهما بالنسبة، لوضوح أن للشريك الحق، فلا وجه لأن يكون الحائط ملك الباني فقط، كما لا وجه لأن يكون الارتفاع للباني إذا كان الأساس أيضاً له مدخلية في الارتفاع.

ثم إنك قد عرفت أن مقتضى القاعدة التوقف على إذن الآخر، لا أن التوقف أقوى، كما ذكره الشهيد أخيراً، ومنه يعلم وجه النظر في المحكي عن الشيخ من منع التوقف على إذن الآخر.

قال في المسالك: (ثم على القول باعتبار إذنه لو خالف وعمره، فهل للشريك نقضه، احتمال من حيث تصرفه في ملك غيره وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه فصارت الكيفية الثانية كأنها مغصوبة فله إزالتها، والأقوى العدم إن كان بناه بالآلة المشتركة، لأن هدمه أيضاً تصرف في مال الغير وهو الشريك الذي بناه فلا يصح كالأول، وإنما تظهر الفائدة في الإثم والجواز إن كان بناؤه بغير آلته، لأنه عدوان محض وتصرف في أرض الغير فيجوز تغييره) انتهى.

وعلق عليه في الجواهر بقوله: (قلت: قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة، بل صرح فيها بعدم جواز نقض ما بناه أيضاً، لكنه لم يصرح في بناء الفرع تقدير اعتبار الإذن، والمتجه أن له ذلك أيضاً، فإن له الامتناع من بناء الآلات المشتركة كما اعترف به في جامع المقاصد، ومن التصرف في أرضه مع فرض الشركة في الأساس، فلم يكن الوضع حينئذ بحق، فهو ظالم لا حق لعرقه فله

الإزالة بلا أرش، نعم لو قلنا: بحرمة ذلك عليه اتجه حينئذ إلزامه به كما لو هدمه ابتداءً) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة أنه إن كان لا قيمة للبناء ولا يوجب الهدم سرفاً فلا إشكال في جواز النقض، للأصل بعد عدم المحذور، وإن كان للبناء قيمة تذهب بالنقض أشكل لأنها للباني، ولا دليل على أن عدوانه أوجب سلب احترام ماله، كما إذا وضع أثاثه في دار الغير غصباً، فهل يقال لذلك الغير أن يضعه في الشارع حيث يتلف، أو وضع أثاثه في السفينة للغير، فإذا اطلع ذلك الغير في عرض البحر هل يقال: إن له أن يلقيه في البحر، إلى غيرهما من الأمثلة.

وإنما اللازم فيما نحن فيه كسائر الموارد التي هي مثله مراجعة الحاكم الشرعي، وإجراء صلح قهري بينهم يوجب الجمع بين الحقوق، كما ذكرنا تفصيله في كتاب الغصب.

وإن لم يكن للبناء قيمة تذهب بالهدم، لكن الهدم يوجب الإسراف، امتنع من جهة الإسراف، فحاله حال حرمة إلقاء ثمرات الغابة في البحر، وإن لم يكن مشتر لها، ولا يمكن إرسالها إلى البلاد التي لها قيمة فيها، إذ الإسراف لا يلازم الانتفاع بذلك الشيء المسرف، مثلاً إنسان فقد أصحابه في الصحراء ومعه أواني كثيرة من الزجاج لا يتمكن من حملها إلى البلد، وبقاؤها هناك لا يوجب مجيء إنسان لينتفع بها، فهل يقال بجواز كسر تلك الزجاجات هنا، وكذلك ليس له أن يحرق أقمشته في الصحراء أو نحو ذلك.

وقد ذكرنا في كتاب الغصب أن مثل قوله (عليه الصلاة والسلام): «ليس لعرق ظالم حق»[1]، لا يدل على جواز الإتلاف أو الإسراف، وإنما لازم ذلك بعد الجمع بين الأدلة

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١١ الباب ٣ من أبواب الغصب ح١.

أن يعمل الإنسان الذي ظلم برفع ظلامته بكيفية يراه العرف جمعاً بين الحقين، مثل الأرش والأجرة والصلح القهري وغير ذلك بعد المراجعة إلى الحاكم الشرعي، لأنه المكلف في رفع المخاصمات والمنازعات وإعطاء كل ذي حق حقه.

ثم إن المسالك قال: (وحيث يتوقف البناء على إذن الشريك يرجع أمره إلى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الإذن، فإن امتنع أذن الحاكم، وهل له الإذن فيه بأجرة يرجع بها على الشريك، أو مجاناً، الأقوى الثاني، لأن الشريك إذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الإنفاق، فإذا اختار الشريك بناءه مجاناً فعل وإلا تركه) انتهى.

والظاهر أن الجبر من الحاكم إنما هو على أحد الشقوق الممكنة شرعاً، لا على ما ذكره المسالك فقط، إذ ليس لأحد الشركاء إضرار الآخرين، وليس المراد بالإضرار الضرر الخارجي، بل أن يكون الإنسان لا يتمكن من الانتفاع بماله انتفاعاً ملائماً لغرضه.

ولعله لذا قال في جامع المقاصد: (لو أراد أحد الشريكين الإضرار بصاحبه في الجدار والقناة والدولاب ونحوها فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها، فليس ببعيد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخير الشريك بين عدة أمور، من بيع وإجارة وموافقة على العمارة، وغير ذلك من الأمور الممكنة في ذلك، عملاً بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «لا ضرر ولا ضرار»[1]، ولأن في ترك جميع هذه الأمور إضاعة للمال وقد نهي عنها، ولم أظفر بتصريح) انتهى.

(١) الوسائل: ج١٧ ص٤ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح٣.

وفي روايات الدعائم تأييد لما ذكره المحقق الثاني، وإن كانت الرواية بحاجة إلى نوع من التقييد بسبب الأدلة الأخرى.

فقد روي عن أبي عبد الله (صلوات الله عليه)، أنه سئل عن جدار الرجل وهو سترة بينه وبين جاره سقط فامتنع من بنيانه، قال: «ليس يجبر على ذلك إلاّ أن يكون وجب ذلك لصاحب الدار الأخرى بحق أو شرط في أصل الملك، ولكن يقال لصاحب المترل: استر على نفسك في حقك إن شئت». قيل له (عليه السلام): فإن كان الجدار لم يسقط، ولكنه هدمه إضراراً بجاره لغير حاجة منه إلى هدمه، قال (عليه السلام): «لا يترك، وذلك أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: لا ضرر ولا ضرار، وإن هدمه كلف أن يبنيه»[1].

وعنه (عليه السلام)، أنه قال في جدار بين دارين لأحد صاحبي الدار سقط، فامتنع أن يبنيه وقام عليه صاحب الدار الأخرى في ذلك، وقال كشفت عيالي استر ما بيني وبينك، قال: «عليه أن يستر ما بينهما ببنيان أو غيره مما لايصل إلى كشف شيء من عورته»[2].

وعنه (عليه السلام)، أنه سئل عن الجدار بين الرجلين ينهدم فيدعو أحدهما صاحبه إلى بنيانه ويأبى الآخر، قال (عليه السلام): «إن كان مما ينقسم قسم بينهما وبنى كل واحد منهما حقه إن شاء أو ترك إن لم يكن ذلك يضر بصاحبه، وإن كان ذلك مما لا ينقسم، قيل له ابن أو بع أو سلّم لصاحبك إن رضى أن يبني، ويكون

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٩ الباب ٩ من أبواب الصلح ح١.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٤٩٩ الباب ٩ من أبواب الصلح ح٢.

له دونك، وإن اتفقا على أن يبنيه الطالب أو ينتفع، فإن أراد الآخر الانتفاع به معه دفع إليه نصف النفقة»[1].

ومما تقدم علم أن إشكال الجواهر على المسالك في الجبر، إن أراد خصوصه فالإشكال وارد، وإن أراد كونه أحد الشقوق لم يكن وارداً، حيث قال في الجواهر: (قد يشكل جبره على الإذن على وجه تقوم إذن الحاكم مقامه بأن له الامتناع منها لقاعدة التسلط وعدم حل مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه وغيرها، ومن هنا أنكر عليه ذلك في الحدائق، خصوصاً بناءً على مختاره سابقاً من اعتبار الإذن في الجواز للشريك حتى لو أراد بناءه من غير رجوع عليه، وأنه يأثم لو بناه من غير إذن) انتهى.

ثم إنه لو هدمه الشريك، فاختلفا في أن الشريك أذن له في الهدم أم لا، فالظاهر احتياج الهادم إلى البينة، وحمل فعله على الصحة لا يوجب تقدم قوله في باب الدعوى، لأن أدلة الدعوى واردة على مثل أصل الصحة، وكذلك إذا بناه ثم اختلفا في الإذن.

ثم لايخفى أن الإذن بمجرده في الهدم أو البناء لا يوجب ضمان الآذن لبعض النفقة، إلاّ إذا كان بمعنى الضمان عرفاً أو تصريحاً، وقد سبق مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة، وذكرنا تفصيله في كتاب الغصب، حيث يقول: ألقه في البحر ونحوه.

ومنه يعلم أنهما لو اختلفا في خصوصيات الإذن هدماً أو بناءً، فعلى مدعي الخصوصية إقامة البينة، لأن الثابت هو الإذن مطلقاً، أما الخصوصيات فهي شيء زائد على أصل الإذن لا يثبت إلاّ بالدليل.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٠ الباب ٩ من أبواب الصلح ح٣.

ثم لا يخفى أن وضع الجدار بين الدارين قد يكون على كيفية لزوم بقائه بينهما حتى إذا انهدم كان لكل واحد منهما الإعادة على نحو شرط أو ما أشبه، وقد لا يكون كذلك، ولكل حكمه.

ومنه يظهر أن مناقشة الجواهر في الموضوع غير واردة، قال: (لو قلنا: إن سبق وجود الجدار بينهما يوجب الحق لهما في وضعه على وجه لا يجوز له الامتناع مع طلب الآخر، اتجه حينئذ ذلك، لكن ينبغي عليه عدم اعتبار إذنه بل نهيه أيضاً، كما في باقي صور امتناعه عما هو حق عليه، وكأنه هو الذي لحظه الفاضل في ما ذكره في القواعد من عدم جواز منعه إياه لو أراد الانفراد بالعمارة، إلاّ أنه كما ترى ضرورة عدم ثبوت حق يكون الجدار بينهما على وجه يوجب ذلك وهو واضح) انتهى.

ولو سقط الجدار المشترك وكان يوجب بناؤه ضرراً على أحدهما، كما يوجب عدم بنائه ضرراً على الآخر، بأن تعارض الضرران، مثلاً دار أحدهما فارغة عن الغرف، فإذا لم يكن لها حائط آجرها للغنم ونحوه، ودار أحدهما محل سكنى، فإذا لم يكن لها حائط كان مظنة سرقة اللصوص ونحوه، فحيث يتعارض الضرران يلزم على الحاكم الشرعي الجمع بينهما بالقسمة أو البيع أو الإيجار لآخر أو لأحدهما أو نحو ذلك مما يوجب عدم الضرر على أحدهما، وإن كان لابد من التضرر، فاللازم ملاحظة أقلهما ضرراً، لأن دليل «لا ضرر» كما يشمل الضرر الكلي يشمل الضرر الجزئي، وإذا تعارضا قدم عدم الضرر الكلي على عدم الضرر الجزئي، من باب أن الضرورات تقدر بقدرها.

لكن الظاهر لزوم تقسيم ضرر أحدهما على كليهما، لأنه مقتضى قاعدة العدل، مثلاً إذا لم يبن الحائط تضرر صاحب الغرف بمائة، وإذا بني الحائط تضرر صاحب الدار التي لا غرف فيها بعشرة، فإنه يقدم الحاكم بناء الجدار، لكن يقسم

ضرر العشرة عليهما فيتضرر كل منهما خمسة، لأنه لا وجه لتضرر صاحب الساحة بكل العشرة.

وإلى بعض ما ذكرناه أشار في الجواهر، حيث قال: (مما تقدم يعلم ما في تفصيل المحدث البحراني من أنه لا يحتاج إلى الإذن من الشريك في العمارة مع فرض التضرر به، ولابد منها مع عدمه، إذ هو مع أنه خروج عن محل البحث الذي هو الجدار المشرك من حيث كونه كذلك، أي مع قطع النظر عن الأمور الخارجية قد يناقش فيه بأن فرض ضرر أحدهما بعدم العمارة قد يعارض بفرض ضرر الآخر بها، والضرر لا يدفع بالضرر، كما اعترف به الفاضل وغيره. نعم قد يقال بوجوب القسمة ونحوها أو برفع الأمر إلى الحاكم ليرى وجهاً يحكم به لقطع النزاع بينهما، مراعياً للجمع بين الحقين ودفع الضرر عنهما من باب السياسات المعدّ لها).

ثم استشهد الجواهر بخبر الدعائم المتقدم، عن الجدار بين الرجلين ينهدم ويدعو أحدهما صاحبه إلى بنائه، الحديث.

ثم إنه لو كان الحائط مشتركاً بينهما، فبنى أحدهما نصفه بعد الهدم، أو هدم نصفه عند ما كان مبنياً، فالظاهر التهاتر القهري بين الحقين.

كما أنه يعرف مما تقدم حال ما إذا كانت آلة البناء لأحدهما أو لهما أو لأجنبي أو آلة مباحة لم يقصد أحدهما تملكه والسبق إليه بما يوجب ملكه لها، أو كانت مشتركة، وهكذا حال ما إذا كان الباني أحدهما أو كلاهما أو الأجنبي.

ثم إن الشرائع بعد قوله السابق: (ولو انهدم ـــ أي الجدار ـــ لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته)، قال: (وكذا لو كانت الشركة في دولاب أو بئر أو نهر).

وفي الجواهر: (أو قناة أو ناعورة

أو نحو ذلك، أي لا يجبر الشريك على المشاركة في عمارتها، من غير فرق بين كون المشترك ذا غلة تفي بعمارته وغيره عند الأصحاب على ما في المسالك، وبين القابل للقسمة وعدمها، وإنما نبّه بذلك على خلاف أبي حنيفة الذي حكم بإجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط فارقاً بينهما بأن الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيها فيتضرر به بخلاف الجدار، فإنه يتمكن من قسمته، ورد بإمكان كون القسمة فيه أكثر ضرراً عليه فكان حينئذ سواء) انتهى.

وقد أخذه من المسالك ومفتاح الكرامة غيرهما، وقد ذكر ثانيهما عند قول العلامة: (ولا يجبر على عمارة الدولاب والبئر وغيرهما): (إنه هو الذي أفتى به المبسوط والخلاف والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية).

ويرد على أبي حنيفة بالإضافة إلى مقتضى الأصل أن عدم تمكن الشريك من المقاسمة مشترك بين الأمرين سلباً وإيجاباً ولو بنحو المهاياة، وقد ذكرنا فيما سبق أنه يلزم فصل الحاكم بينهما بأقرب الفصول إلى قاعدة السلطنة ونحوها.

ولو كان الحائط بين مسجد ودار مشتركاً، قام متولي الوقف الخاص أو العام مقام الشريك الآخر، ويلاحظ هنا لزوم مصلحة الوقف، ولا يكون كالشريك المالك الذي يكون الزمام بيده.

ولو كان الحائط مشتركاً بين كافرين روعي قوانينهم في حكم الحاكم الشرعي من باب قانون الإلزام، أما إذا اختلف قانون أحدهما عن قانون الآخر فالحاكم الشرعي يفصل الأمر بقانون أحدهما دون المخالف لهما، ولو المطابق للإسلام، لأنه أقرب إلى الإلزام من المخالف لهما، كما هو واضح.

أما إذا كان الحائط مشتركاً بين المسلم والكافر، فالذي يجب أن يراعى هو

قانون الإسلام، لقاعدة «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»، فيما إذا اختلف قانون الكافر عن قانون الإسلام.

ثم إن الجواهر قال: (نعم لو أنفق أحدهما على البئر أو النهر لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء الذي ينبع في ملكهما المشترك بينهما الذي أثر فيه نقل الطين عنه، وليس له في عين ملك، بخلاف الحائط إذا بناه بالآت منه كما هو واضح).

أقول: يمكن منع إطلاق كلامه بأنه لا يشترط فيه وجود العين، بالإضافة إلى وجود العين أحياناً كأن رصف الآجر في أطراف البئر جديداً.

وعلى أي حال، فاللازم مراعاة الجهتين، فإذا كانت البئر المطمورة بتراب السوافي تسوى مائة لكل واحد منهما النصف، فأخرج أحدهما التراب بإذن الحاكم الشرعي مثلاً بما كلف خمسين، حيث صارت البئر في الحال الحاضر مائة وخمسين، فمقتضى القاعدة أن لمن نقل التراب والطين وما أشبه ثلثي الفائدة لا النصف، لقاعدة ﴿أن ليس للإنسان إلا ما سعى﴾ والعدل وغيرهما.

ومما تقدم يعلم حكم الأنابيب للماء والغاز والهواء وما أشبه، مما يكون مشتركاً بين الطرفين، وكذلك أسلاك الكهرباء والتلفون ونحوهما، لوحدة الملاك في الجميع.

وعن التذكرة أنه قال: (لو كان علو الجدار لواحد وسفلها لغيره فانهدم، لم يكن لصاحب السفل إجبار صاحب العلو على مساعدته في إعادته السفل، لأصالة البراءة، وكذلك ليس لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادة السفل ليبني عليه، عند علمائنا).

وفي مفتاح الكرامة: (إن في المبسوط نفي الخلاف في الأول).

وفي الدروس:

(لا يجبر صاحب السفل ولا العلو على بناء الجدار الحامل للعلو، ولا على جدار البيت إلاّ أن يكون لازماً بعقد)، وبهذا القيد جزم في جامع المقاصد.

وفي الجواهر عند العبارة المتقدمة من الشرائع: (عندنا) مما يظهر منه الإجماع.

هذا، ولكن مقتضى القاعدة أنه إذا تضرر أحدهما بعدم بناء الآخر، مثل تمكن اللصوص من سرقة البيت العالي إذا لم يكن له جدار، كان للحاكم الشرعي دفع الضرر عنه ببيع من صاحب السفل لصاحب العلو أو إيجار أو بناء أو غير ذلك، لقاعدة «لا ضرر»، ولعل التحرير نظر إلى ذلك، حيث قال: (لو طلب صاحب العلو البناء لم يكن لصاحب السفل منعه)، لكن في مفتاح الكرامة: (هذا يوافق ما سلف له في الجدار من أنه إذا انفرد أحدهما بالعمارة لم يمنع كما تقدم، ويمكن حمله على ما إذا كان حمل جدران العلو واجباً، وإلا أشكل فيما إذا كان الأساس ملكاً لصاحب السفل أو مشتركا كما تقدم بيانه).

ومنه يعلم وجه النظر فيما في المسالك، حيث قال: (ولو طلب صاحب العلو بناء جدران السفل تبرعاً، فهل له منعه، فيه الوجهان السابقان، وأطلق في التحرير أنه ليس له منعه، وفي حكم العلو ما لو كان له ساباط استحق وضعه على حائط غيره فانهدم) انتهى.

إذ مقتضى القاعدة أحد الأمور التي يوجب عدم تضرر صاحب العلو من البيع أو الإجارة أو التبرع أو البناء بنفس صاحب السفل أو غير ذلك، لدليل «لا ضرر» وغيره، وهو مثل ما إذا كان هناك طابقان طابق علوي وطابق سفلي، والطابق السفلي لإنسان والطابق العلوي لإنسان، فانهدما فأراد صاحب الطابق العلوي بناءه فامتنع صاحب الطابق السفلي من أن يبني بنفسه، أو يجوز البناء لصاحب الطابق السفلي أو لوضع أعمدة يبني عليها الطابق العلوي، فإنه لا حق للسفلي

في ذلك، حيث إنه يوجب ضرر العلوي، فعدم الضرر يقتضي أنه يكون للعلوي بناؤه بأية كيفية، فاللازم الصلح الجبري أو الاختياري بين الطرفين العلوي والسفلي.

وكذلك حال الساباط وحال من يريد إجراء الماء في الساقية فيما إذا كان مستحقاً لإجراء الماء وانهدمت الساقية وأبى صاحبها من تعميرها، إلى غير ذلك من النفرين المبتلى أحدهما بالآخر، فإنه لا يخرج عن مثل حال الشريكين الذي انهدم بناؤهما فأراد أحدهما البناء و لم يرد الآخر، فإن الحاكم الشرعي يجب أن يفكهما إن أمكن الانفكاك وإلاّ صالح بينهما صلحاً قهرياً بما يكون أقرب إلى قاعدة السلطنة أو ما أشبه ذلك، كما تقدم مثله في بعض المسائل السابقة، ولعل التحرير أشار إلى ذلك حيث قال: (ليس له منعه).

ثم إن الجواهر قال: (وعلى كل حال، فلو بناه في أرضه من نفسه كان له منع صاحبه من الانتقاع بالمعاد بفتح كوة وغرز وتد ونحو ذلك، أما الاستكان فالظاهر أنه ليس له المنع منه، وإن انتفع به) انتهى.

والمراد من المنع عن الانتفاع بالمعاد، إذا لم يكن فتح الكوة وغرز الوتد كالحق، وإلا فحيث إن حقه سابق كان له ذلك.

(مسألة ١٣): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو هدمه، أي الجدار المشترك مثلاً، بغير إذن شريكه الذي لم يجب هدمه عليه لاستهدامه، وجب عليه إعادته لأنه ضمان مثله عادة).

وقال العلامة في القواعد: (ولو هدمه فالأقوى الأرش).

وفي مفتاح الكرامة: كما في التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك.

وفي التحرير: لو قيل به كان وجهاً.

وفي المبسوط والشرائع والإرشاد: إن عليه إعادته، وحكاه في المسالك عن التذكرة.

وفي الدروس والحواشي: إن عليه إعادته لو أمكنت المماثلة، كما في جدار بعض البساتين والمزارع وإلا فالارش، والظاهر هو المثل، وأن الجدار مطلقاً مثلي عرفاً، والخصوصيات الزائدة على العرفية ليست مناطاً.

ومنه يعلم انتفاء وجه الأرش، لأن الأرش فيما كان يتعذر المثل، فإذا كان المثل لم يكن أرش، ولذا قال في الجواهر: (قد يقوى ما ذكره الشيخ لصدق المثلية عرفاً، بل تصح الإجارة على صنعة جدار مثل هذا الجدار، نعم لو فرض تعذر ذلك كما في بعض البناء انتقل إلى القيمة كما في كل مثلي تعذر مثله، وكذا الكلام في كسر الخاتم وفتق الثوب ونحو ذلك) انتهى.

ومنه يعلم الكلام فيما إذا هدم دار غيره أو حائطه أو هدم حائط المسجد أو المسجد أو ما أشبه، فإن الواجب عليه أولاً وبالذات الإعادة، بل لا يبعد أن لا يكون لصاحب المسجد أو الدار طلب القيمة، لأن المثل مكلف به فالانتقال إلى القيمة بدون رضا الهادم لا وجه له، وكذا الكلام في كل ما يمكن إعادته مثلاً عرفياً، كما لو فصل قطع الباب إلى أخشاب، حيث يمكن إرجاعها باباً،

فإن اللازم إرجاعها باباً، وإن أراد صاحب الباب قيمة الإرجاع لا الإرجاع بنفسه.

نعم يمكن الإشكال في ذلك فيما إذا كانت الدار مثلاً عتيقة، فأراد صاحبها هدمها لأجل بنائها من جديد بناءً على غير الشكل، فهدمها إنسان، ثم أراد ذلك الإنسان البناء على الكيفية السابقة بينما لم يرد المالك ذلك، فإنه لا يبعد أن يكون للحاكم الشرعي جعل صلح قهري بينهما على تأمل.

أما لو كان الحائط مثلاً قيمياً وهدمه وأعطاه القيمة، فالظاهر أن الهادم يستحق الأنقاض لعدم الجمع بين العوض والمعوض، كما ألمعنا إلى ذلك في كتاب الغصب، لكن لا يبعد كون الأرش مقدماً على القيمة إذا أراده صاحب الأنقاض، حيث إن الأرش يوجب رجوع العين إلى مالكها مع التفاوت، والعين حيث كانت للمالك لا وجه لخروجها عن ملكه بإرادة الهادم ويتدارك الذاهب بالأرش.

ومنه يعلم أنه لو أراد الهادم بناء الجدار مثلاً من باب كونه مثلياً، ودار الأمر بين البناء بالأنقاض أو غيرها وجب عليه البناء بالأنقاض، لأن الأنقاض عين مال المالك، فلا وجه لتبديلها إلى غير الأنقاض.

ومما تقدم علم وجه النظر في قول المسالك، حيث إنه قال بعد كلام الشهيد في الدروس: (وفيه مناسبة إلاّ أنه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في الفائت، فإنه محض صفة، إذ الأعيان باقية والمماثلة في الصفة بعيدة، فالقول بالأرش مطلقاً أوضح) انتهى.

كوجه النظر في قول مفتاح الكرامة، حيث علق على قول الشهيد: بأنه (لعل الأولى على القول بالأرش أن يكون ما يصرف في بنائه بمثل البناء الأول

كما نبه عليه في مجمع البرهان، فالجدار وإن كان قيمياً باصطلاحهم إلاّ أن العرف قد يقضي بالمماثلة في بعض الجدران، إذ المطلوب منه كونه حائلاً ومانعاً، ولا يريدون في مثل ذلك إلاّ المماثلة في الجملة، مؤيداً بما عرفته من حال الأرش، فتفصيل الدروس لا بأس به) انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعدة المثل، فإذا لم يمكن وأمكن الأرش فالأرش، وإذا لم يبق محل للأرش فالقيمة.

ثم إن الشريك لو هدم الحائط بأمر الشريك أو بإذنه لا تجب عليه الإعادة، للأصل بعد أن الإذن أو الأمر بالهدم ليس في مقابل الإعادة حتى يقال بأنه نوع تعامل.

نعم لو أذن الشريك بالهدم بشرط الإعادة، أو أمر به بشرطه، وجبت الإعادة لمقتضى وجوب الوفاء بالشرط، وليس الشرط ابتدائياً، بل الشرط في قبال شيء، ولذا لا حاجة إلى كون الشرط في عقد لازم حتى يجب الوفاء به، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة أنه من قبيل: ألق متاعك في البحر وعليّ بدله، ولا مجال للأرش هنا إطلاقاً، لأن الهدم كان في قبال البناء بالشرط حتى إذا لم نقل بأن الجدار مثلي، فهو مثل أن يقول له: اهدم الجدار على شرط أن تعطيني ديناراً.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر أصلاً أو نقلاً، حيث قال: (ولو هدمه بإذن شريكه وشرط إعادته وجب ذلك إذا كان الشرط في عقد لازم، بل قد سمعت ما في التذكرة في نظيره من أنه كذلك قولاً واحداً، لكن ربما ظهر من بعضهم كونه من المسألة السابقة التي يجب فيها الأرش، ولعله لعدم إمكان الشرط، لما عرفت من عدم إمكان ضبط الصفة إلاّ أنه كما ترى، فإن عود الشيء على ما كان بحيث يتحقق فيه الصدق عرفاً ممكن وواقع، بل من ذلك يعلم قوة ما ذكرناه أولا) انتهى.

إذ ظهر أولاً: الإشكال في لزوم كون الشرط في عقد لازم.

وثانياً: إنه لا وجه للأرش إطلاقاً.

وثالثاً: إنه لا يتوقف على كون الحائط مثلياً.

وحيث يلزم الشرط لا فرق بين أن يشترط إعادته كما كان، أو إعادته على شكل آخر، كما إذا كان الحائط بحجم ذراع فشرط إعادته بحجم ذراع ونصف، أو بحجم نصف ذراع، أو بطول أكثر أو أقل، أو بمادة أمتن أو أهش، إلى غير ذلك، ولذا قال الجواهر أخيراً: (وبالجملة القول بوجوب الإعادة بحيث يصدق عليه عرفاً أنه أعاده قوي جداً في صورة عدم الشرط، فضلاً عما لو شرطه) انتهى.

فلو لم يعده أجبره الحاكم، وإن لم يمكن جبره حق له التقاص بأخذه من ماله وبنائه، فإن لم يمكن التقاص فله أن يستعيد بناءه بنفسه، ويكون له الأكثر من باب التقاص بقدر المصارف، مثلاً كان لكل واحد النصف وكان الحائط بألف فلما بناه بألف ومائة مثلاً كان لهذا الباني من ألف الحائط ستمائة وللآذن أربعمائة، أي كان له ستة أعشار بينما كان له سابقاً خمسة أعشار، لأنه نوع من التقاص كما هو واضح.

ثم لو بناه بأكثر أو أقل أو بغيره، كما لو بناه بالآجر لا الإسمنت، وقد كان الإسمنت حسب الشرط، ففي الأول لم يستبعد أن يكون التفاوت للباني، لأنه سعيه كما ذكرنا مثله في كتاب الغصب، وفي الثاني إن أمكن الإتمام أجبر، وإلا كان مديوناً للآذن بقدر النقص، ويأتي هنا ما نذكره في الثالث أيضاً من الفسخ، وفي الثالث حيث لم يف بالشرط كان للآذن الفسخ، فإذا فسخ يعمل بمقتضى ما إذا لم يأذن من الابتداء، وحيث ذكرنا تفصيل أمثال هذه الأمور مع

أدلتها في كتاب الغصب فلا حاجة إلى الإعادة.

ثم إنه لو استأذنه في الهدم والبناء، فقال الآذن: أذنت لك على شرط أن يكون لي أكثر مما كان لي في السابق، أو أن يتحول المشاع إلى الكلي في المعين، أو الكلي في المعين إلى المشاع، جاز ذلك لمكان الشرط، وبالأولى إذا اصطلح على ذلك، وكذلك الحال لو وافق أحدهما في أن يهدماه ويبنيه، أو يهدمه ويبنيان، أو يهدمان ويبنيان، إلى غير ذلك.

قال في الجواهر: (ولو اصطلح الشريكان على أن يبنياه ويكون لأحدهما أكثر مما كان له، فعن الشيخ بطلان الصلح، لأن فيه اتهاب ما لم يوجد، وفيه إنه يكفي مشاهدة الآلات أو وصفها ومشاهدة الأرض. ودعوى أن الجدار جزء صوري من التأليف لا يمكن ضبطه، يدفعها أن الصورة صفة تابعة للموهوب، وضبطها ممكن، وإلا لما جاز الاستيجار على البناء المقدر بالعمل، كدعوى عدم العوض بعد تساويهما في العمل وغيره، التي يمكن دفعها بما عرفته سابقاً من عدم اعتبار العوض في الصلح، على أنه يمكن القول هنا بأن الشارط على نفسه متبرع بما يخص شريكه من عدله، والشارط لنفسه غير متبرع فيشترط له قدر من الملك، وكذا بعد اقتضاء تعليق الملك في عين وهو ممتنع لامتناع الأجل في الملك، إذ قد تدفع أيضاً بأن هذا الصلح يجري مجرى الاستيجار على الطحن بجزء من الدقيق، وعلى الارتضاع بجزء من العبد، فإنه يملكه في الحال ويقع العمل فيما هو مشترك بينه وبين غيره، وعلى هذا يملك الأكثر مبنياً. كل ذلك مضافاً إلى ما سمعته غير مرة من كون الصلح عقداً مستقلاً برأسه لا يعتبر فيه جريان غيره من العقود على مورده) انتهى ملخصاً، وهو كما ذكره.

ومنه يعرف ما إذا كان الشرط أو الصلح على أن لا يملك أحدهما شيئاً بعد

البناء، إذ قد يكون ذلك عقلائياً، كما إذا كان أحد الشريكين فقيراً لا يملك بناء الحائط وهو مشرف على الانهدام، فيستأذنه شريكه في أن يهدمه ويبنيه على أن يكون كل الحائط له، أو أن يكون الحائط قوياً لكن هذا الشريك المريد للهدم والبناء فيه مصلحة لهذا الهدم والبناء، فيستأذنه في أن يهدمه ويبنيه على أن يكون كل الحائط للآذن.

وكذلك الحال إذا أراد أحد الشريكين في الدار ونحوها هدم الدار وبناءها من جديد، أو تصبيغ الدار أو إضافة شيء أو تقليل شيء أو ما أشبه، فيقول: إني أصبغ كل الدار على أن تكون الأجرة والأعيان من كيسي مثلاً، ويصبح بعد ذلك مشتركاً بيني وبينك، إلى غير ذلك مما تختلف الدواعي والأغراض العقلائية فيها،

بل وكذلك الحال في المفروز، كما إذا ورثا الدار من أبيهما، ثم قسماها، نصفاً لهذا ونصفاً لذاك، فيشترط أحدهما أن يصبغ كل الدار بشرط التبديل بأن يكون النصف المعين الذي عين لأخيه للصابغ ونصفه الذي للصابغ لأخيه، وكذلك إذا أفرز الدار نصف لهذا ونصف لذاك، ثم استأذن أحدهما أخاه في أن يبني حائطاً بين النصفين ليكون ساتراً لعائلته على شرط أن يكون الحائط ومبناه الذي كله له أو بعضه له للأخ الآذن، إلى غير ذلك.

ولو أراد أحدهما من الآخر بناءه نصف الحائط في الدار المفروزة بينهما، ولم يرده الآخر، لم يجبر الآخر على ذلك، لقاعدة «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»[1]، وإنما للذي يريد البناء إذا لم يتمكن من أن يعيش في مثل هذه

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٢ حديث ١١٠.

الدار ولا يتمكن أن يبني حائطاً في نصفه المختص به أن يبيع أو يؤجر أو يصالح أو ما أشبه.

نعم إذا أراد أن يبني حائطاً في نصفه الخاص به لا حق لشريكه في منعه بحجة أن الحائط يسبب قلة النور والهواء وما أشبه بالنسبة إلى نصفه، لأنه حر في عمله، فلا حق لشريكه في المنع، كما أن لهذا الباني للحائط في ملكه أن يجعل في الحائط الكوة والروشن وما أشبه على نحو ما تقدم في بعض المسائل السابقة.

نعم إذا سبب الحائط تلفاً عليه مثلاً، يحق له المنع، كما إذا قسما الدار من الباب، فإذا نصب هذا الحائط إلى الباب ضاقت حصة الشريك بما لم يتمكن من الدخول، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في الشيء الذي لا يمكن تقسيمه في باب الشركة.

ويصح التصالح بين الشريكين أو الاشتراط بأن يكون من أحدهما آلات بناء الحائط ومن الآخر البناء أو إعطاء الأجرة، وما أشبه ذلك من أنحاء التقسيمات.

(مسألة ١٤): قال في القواعد: ولو طلب قسمته طولاً أو عرضاً جاز.

وفي مفتاح الكرامة: لو طلب كل من الشريكين في الجدار قسمته طولاً أو عرضاً جاز، وبه صرح في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد، وظاهر الأخير الإجماع عليه، حيث قال: جاز قطعاً، وتأمل في قسمته عن رد التحرير.

والقسمة تحصل بنشر الحائط وبالعلامة، ووجه الجواز فيهما بالنحوين أن لهما هدمه كله إذا تراضيا عليه، وإذا تراضيا على قسمته على وجه مخصوص جاز لهما ذلك بالأولى، ولا أثر لحصول النقص بالنشر لو اختاره.

ووجه ما في التحرير ما قاله فيه، قال: (لو اتفقا على قسمته عرضاً احتمل جوازه لانحصار الحق فيهما، وعدمه لعدم تمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون صاحبه، فإنه لو وضع خشبة على أحد جانبيه كان ثقله على الحائط أجمع، ومعناه أنه إن وضع خشبة على نصيبه موجب لتعدي الثقل والتحامل إلى الآخر)، إلى آخر كلامه.

ومن الواضح ضعف ما في التحرير، لأن الملك لهما، فإذا تراضيا على ذلك فلا مانع، كما ذكره غير واحد.

ومما تقدم يظهر جواز كل أقسام القسمة، سواء أفقياً أو عمودياً أو عمقياً، مستقيماً أو مورباً أو على أقسام أخر، كجعل كل قطعة لأحدهما مجاوراً لقطعة أخرى للآخر، أو على نحو الاستدارة أو التعريج أو التضليع أو ما أشبه، ولو كان الحائط في داخله فراغ صح أن يقسما الفراغ أيضاً بينهما، أو أن يجعلاه لأحدهما، كما يصح تقسيم الحائط حسب المواد، مثلاً الحائط المركب من الإسمنت والحديد يجعل الحديد لأحدهما والإسمنت للآخر، وكذلك الحائط المركب من الأخشاب والأحجار يجعل الأحجار لأحدهما والأخشاب للآخر، إلى غير ذلك من الصور.

ولا فرق في كل ذلك بين تساوي الحائط في القوة والضعف

أو الاختلاف، فيجوز أن يجعل نصيب أحدهما الضعيف ونصيب الآخر القوي عن رضا بينهما.

وكما يصح التقسيم بالتساوي فيما إذا كان لكل واحد منهما النصف، كذلك يصح أن يجعل التقسيم بالتفاوت، وبالعكس، كما إذا كان لهما متفاوتاً فيقسمانه متساوياً، وكذا يصح أن يدخل الأس أو الخشبة التي فوق الحائط في التقسيم أيضاً، أو لا يجعلاه بأن يقسما نفس الحائط فقط، أما الخشبة التي على فوقه أو الأس الذي تحته يكون مشتركاً بينهما، وكذلك العكس بتقسيم الأس والخشبة دون الحائط.

ومما تقدم يعلم صحة ما ذكره في مفتاح الكرامة، حيث قال: (لو كان طوله عشراً وعرضه ذراعين واقتسما في كل الطول ونصف العرض ليصير لكل واحد ذراع في طول عشر جاز، وكذا لو اقتسماه في كل العرض ونصف الطول ليصير لكل واحد منهما طول خمس في عرض ذراعين، وهذا الذي حكيناه في القسمتين هو المذكور في التذكرة والدروس وجامع المقاصد) انتهى.

وهل يصح أن يجعل لأحدهما السطح فقط وللآخر البقية مثلاً، والفائدة أن السطح يكتب عليه ما يشاء من الدعاية والإعلان ونحو ذلك، لا يبعد الصحة، وكذلك الحال فيما إذا جعل لأحدهما السطح الفوقاني الذي سميناه عمقاً، لأن الظاهر من الحائط غالباً ثلاثة سطوح: سطح الداخل، وسطح الخارج، وسطح فوق، بل وكذا الحال في السطح الرابع إذا كان الحائط شبه المعلق كما يتعارف في بعض البنايات في الحال الحاضر مما يصنع للجمال فيجعل الحائط مربعات فارغة أطرافها الأربع، وإنما يتماسك بأعمدة خفيفة من فوق أو من تحت أو من أحد الطرفين.

ثم إن الجواهر قال: (لا خلاف ولا إشكال في جواز قسمة الجدار المشترك

طولاً وعرضاً، وطوله امتداده من زاوية البيت مثلاً إلى الزاوية الأخرى لا ارتفاعه عن الأرض الذي هو عمقه، والعرض هو السطح الذي يوضع عليه الجذوع، فلو كان طوله عشراً وعرضه ذراعين فاقتسما في كل الطول ونصف العرض فيصير لكل واحد منهما طول عشرة أذرع في عرض ذراع جاز، وكذا لو اقتسماه في كل العرض ونصف الطول بأن يصير لكل واحد منهما طول خمسة أذرع في عرض ذراعين) انتهى.

وقد تقدم هذا المثال في مفتاح الكرامة، لكن كان عليهما أن يذكرا أيضاً القسم الثالث من التقسيم، وهو التقسيم في ارتفاع الحائط بأن يجعل النصف التحتاني لأحدهما والنصف الفوقاني للآخر، وهو ما اصطلحا عليه بالعمق، فيكون العمق التحتي بكل الطول والعرض لأحدهما، والعمق الفوقي بكل الطول والعرض للآخر، إذ قد عرفت صحة كل الأقسام الثلاثة، بالإضافة إلى الأقسام الأخر التي ذكرناها سابقاً.

ولا يختلف الحال بين أن يكون أحد الثلاثة أكثر من الآخر أو كل الثلاثة متساوية، كما إذا كان طول الحائط ذراعين في عرض ذراعين في عمق ذراعين، بأن يكون مكعباً متساوي الأضلاع حسب الاصطلاح، كما أنه لا يلزم أن يكون متساوي الأضلاع، بل مربعاً مستطيلاً أو غير مستطيل، بل يصح أن يكون على شكل ذي الزنقة أو المعين أو غير ذلك من الصور المذكورة في الهندسة.

وهل تصح التقسيم المهاياتي، بأن يكون الحائط في سنة لهذا، وفي سنة لذاك، أو في أشهر لهذا، وفي أشهر لذاك، لا مانع منه عقلاً، وإن كان يعوزه الدليل الشرعي، بل لم أجد ذلك عند العرف أيضاً، وإن كان ذكروا المهاياة في خدمة العبد ونحوها كسكنى كل واحد في الدار المشتركة ستة

أشهر مثلاً، أو انتفاع كل واحد بالشيء الموقوف في زمان محدد، كأن يركب السيارة مثلاً أحدهما ليلاً والآخر نهاراً، حيث إن عمل أحدهما في الليل وعمل الآخر في النهار، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ولا يبعد أن يقال بصحة الصلح المهاياتي في الدار وغيرها، بأن يتصالحا على أن تكون الدار لهذا في أشهر الصيف والخريف، ولذلك في أشهر الشتاء والربيع، وإن كانت المسألة بعدُ بحاجة إلى التأمل والتتبع.

ثم إن القواعد قال: (ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض، وكذا في نصف الطول وكل العرض).

وفي مفتاح الكرامة: (كما في التحرير، وجزم في التذكرة بعدم الإجبار في الأول، وقال في الثاني: إن انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع أجبر عليهما، وإن تضرر الممتنع لم يجبر، ومقتضى كلام الدروس الإجبار أيضاً على القسمين عند انتفاء الضرر في الثاني، وقد نفى عنه البعد في جامع المقاصد، وفصله في عبارة الكتاب بقوله: (وكذا) لعله يشعر بأنه أضعف في الحكم من الأول، ولا ترجيح في المبسوط، لأنه قال: في الناس من قال: لا يجوز الإجبار على قسمة الحائط طولاً وعرضاً، وفي الناس من قال: يقسم طول الحائط ولا يقسم عرضه على حال، لأن قسمته لا تتصور، ووجه عدم الإجبار في الأول أنه لو أوجبناها على هذا النحو لكان لا محيص عن القرعة في التخصيص، لأن المفروض عدم تراضيهما معاً، والأخذ بغير قرعة ولا تراضي مناف للقسمة ولا نظير له في الشرع، والقرعة ربما وقعت لأحدهما على الشق الذي يلي الآخر، فلا يتمكن من الانتفاع بما وقع له، ولعدم إمكان فصل كل سهم عن الآخر، لأنه إن اكتفى بالعلامة أعني خطاً بين السهمين كان بناء أحدهما على نصيبه موجباً لتعدي الثقل والتحامل إلى الآخر، وإن كان

بالنشر ضعف الجدار وتناقصت قوته، ووجه العدم في الثاني أنه لو فصل بالعلامة لزم تعدي الثقل إلى الآخر، وإن كان النشر لزم إتلاف شيء من الجدار ولا إجبار مع الإضرار، لكن هذا الإتلاف هين لأنه بمنزلة قسمة الثوب الصفيق، والقرعة التي هي معيار القسمة ممكنة هنا بخلاف الأول، ووجه ما حكاه في المبسوط من أنه لا تتصور قسمته أنا وجدناه اصطلح فيه على تسمية قسمة العرض بقسمة الطول وبالعكس) إلى آخر كلامه.

أقول: مقتضى القاعدة صحة كل التقسيمات مع رضاهما، كما أنه لا كلام إذا لم يرضيا بالتقسيم، إذ لا وجه للتقسيم مع عدم رضا أي منهما، اللهم إلاّ إذا كان بقاء الشركة يوجب الفساد مما يلزم على الحاكم الشرعي التقسيم، وأما إذا طلب أحدهما التقسيم دون الآخر فالحاكم يفصل بينهما بما لا ضرر فيه على أحدهما، فإذا كان في التقسيم بنحو ضرر دون التقسيم بنحو آخر، قدم ما لا ضرر فيه على ما فيه الضرر، ولو كان في كليهما ضرر قدم أقلهما ضرراً، وإن لم يكن في أي التقسيمين أو التقسيمات ضرر وطلب كل منهما أحد التقسيمين، أو كانوا ثلاثة وطلب كل من الثلاثة تقسيماً من التقسيمات الثلاثة: أحدهم طولاً والآخر عرضاً والآخر عمقاً، كان المجال للقرعة، لأنها لكل أمر مشكل، فحال المقام حال ما إذا كانت الأرض مثلاً لهما وطلبا التقسيم وأحدهما يريد تقسيمها عرضاً والآخر يريد تقسيمها طولاً، وأنه لا أولوية لتقديم هذا على ذاك، أو ذاك على هذا، وحينئذ يكون المجال للقرعة.

لا يقال: لما ذا لم يكن المجال لرأي الحاكم.

لأنه يقال: قد ذكرنا في بعض مسائل هذا الكتاب، وفي أماكن أخر من الفقه: أن الحاكم الشرعي موضوع كالحاكم العرفي، فكل شأن يرجع فيه

إلى الحاكم العرفي يرجع فيه إلى الحاكم الشرعي، وكذلك في جهة السلب، فكل ما لا يرجع فيه إلى الحاكم العرفي لا يرجع فيه إلى الحاكم الشرعي، وليس من المتعارف الرجوع إلى رأي الحاكم في اختصاص هذا القسم بهذا، وهذا القسم بهذا، وإنما في العرف المرجع القرعة، والشارع أيد القرعة، فاللازم أن يكون المجال للقرعة لا لرأي الحاكم، فتأمل.

ومنه يعلم محل التأمل في كلام التحرير، حيث قال: (لو كان بينهما عرصة جدار فاتفقا على قسمتها جاز طولاً وعرضاً، ولو اختلفا فطلب أحدهما القسمة طولاً والآخر عرضاً، أجبر الممتنع على ما لا ضرر فيه، ولو كان فيهما ضرر لم تجز القسمة، ولو طلب أحدهما القسمة عرضاً ولا يفي العرض بحائطين لم يجبر الممتنع، وإن وفى بهما احتمل الإجبار لانتفاء الضرر، وعدمه لانتفاء القرعة، إذ معها ربما يحصل لكل منهما ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به، ولو أجبرناه لأجبرناه على ما يليه من غير قرعة ولا مثل له في الشرع) انتهى.

ومما تقدم ظهر أنه يصح تقسيم الحائط بأن يكون بطنه الذي إلى الدار لأحدهما، وظهره الذي إلى الشارع للآخر، لانتفاع كل منهما بالبطن وبالظهر من جهة وضع الجذع، وكتابة اللافتات، أو وضع الجذوع في ذاك الجانب من الشارع على الوجه الذي إلى الشارع، إلى غير ذلك من الفوائد، فإن تراضيا فهو، وإلا فإن تراضيا على القسمة ظهراً وبطناً لكن اختلفا في أن كل واحد منهما يريد الظهر مثلاً أو البطن يكون المجال للقرعة، بل إذا كان الحائط بين داريهما مشتركاً بينهما يصح جعل أحد طرفيه لأحدهما والطرف الآخر للآخر، فإن تراضيا أن يكون الطرف المخالف لهذه الدار والطرف الموافق للدار الثانية فهو، لأنه ملكهما، ولعل لكل واحد المصلحة في أخذ الجهة المخالفة لداره،

وان لم يرضيا إلاّ بالتقسيم ظهراً وبطناً، وكل واحد أراد الظهر مثلاً أو البطن، فإن المجال للقرعة، وإن خرج حصة هذه الدار مواجهة لتلك الدار، وحصة تلك الدار مواجهة لهذه الدار.

(مسألة ١٥): قال في القواعد: (لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه، فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق).

وعن المبسوط أنه قال: (إنهما إذا ملكا دارين ورأيا الخشب على الحائط، ولا يعلمان على أي وجه وضع، ثم انهدم السقف، فإنه ليس لصاحب الحائط أن يمنعه من رده، لأنه يجوز أن يكون قد وضع بعوض فلا يجوز الرجوع به بحال بلا خلاف).

وفي مفتاح الكرامة إنه خيرة الدروس، وفي التحرير في استحقاق الاستمرار نظر، والمخالف المحقق الثاني في جامع المقاصد، وقد رمى قول الشيخ بالضعف مع أنه نفى الخلاف فيه، وظاهره بين المسلمين، ولعله لأن الاستحقاق يتوقف على أمور كثيرة، والأصل عدمها، إلاّ أن يقال: إن الظاهر ظاهر يد فتنقطع الأصول، ومقتضى القاعدة أنه إذا لم يعلما الوجه فاللازم البقاء لأنه مقتضى اليد، وإذا فرض أنه لم يحكم بمقتضى اليد فالقاعدة الاستصحاب.

ومنه عرف وجه النظر في قول القواعد المتقدم، وإن وافق عليه جامع المقاصد لأصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير، ولأن اليد تقتضي الاختصاص والانتفاع، والوضع أعم من الاستحقاق، وغايته أن يكون بحق وهو أعم من العارية التي يجوز فيها الرجوع، ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: (إن الأصل في تصرف المسلم ويده أن يكون بملك واستحقاق حتى يعلم عدمه، فالمتجه حينئذ فيما فرضه في الدروس وجوب الإبقاء)، وقد أفتى الجواهر بنفسه على طبق ذلك قائلاً: (لو ملكا دارين متلاصقتين مثلاً فليس لأحدهما مطالبة الآخر برفع جذوعه عنه ولا منعه من التجديد لو انهدم السقف إذا لم يعلما على أي وجه وضع، لجواز كونه بعوض) انتهى.

بل لا حاجة إلى جواز كونه بعوض، إذ من الممكن أن يكون الملك لإنسان واحد فباعه لهما بهذه الكيفية، إلى غير ذلك من المحتملات الموجبة للبقاء.

هذا كله إذا لم يعلما الكيفية، أما إذا ادعى صاحب الأرض أنها عارية أو ما أشبه، فمقتضى القاعدة أن عليه البينة، فإن لم يأت بها حلف المنكر، وكأن الشيخ نظر إلى ذلك حيث جعل البينة على مدعي العارية واليمين على الآخر.

ومنه يعلم أنه لو ادعى مالك الأرض أن صاحب الخشب ونحوه اغتصب، وأنكر صاحب الخشب، أو قال: لا أعلم، حيث كان وارثاً أو ما أشبه، فإن على مدعي الغصبية البينة، وعلى الطرف الآخر اليمين على العدم، أو على عدم العلم.

أما لو انقلب صاحب الخشب مدعيا، بأن ادعى الاشتراء مثلاً من صاحب الأرض أو المصالحة أو الإجارة أو ما أشبه، وأنكر صاحب الأرض، فعلى المدعي البينة، وعلى صاحب الأرض اليمين.

وقد تقدم شبه هذه المسألة في ما إذا كان أحدهما يدعي الهبة والآخر الإجارة أو نحو ذلك مما كلاهما على خلاف الأصل، فلا حاجة إلى التكرار.

قال في القواعد: (إذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الإعارة).

وفي مفتاح الكرامة: (كما في التذكرة وجامع المقاصد، وكذا التحرير، والفرق أن الإعارة إذن في الوضع فلا تفيد التكرار ما لم يصرح به، وبعد انقضاء المأذون فيه لا يبقى فيه استحقاق، أما إذا كان الوضع مستحقاً بعقد لازم إلى أمد معين، فإنه يقتضي استحقاق الإعادة، للقطع ببقاء الاستحقاق بعد السقوط، بل يجبر على بناء الجدار والخصوصية غير ملحوظة) انتهى.

ومن الواضح، أن المراد بالإعارة غير اللازمة، وإلا فإذا كانت الإعارة لازمة

بكونها شرطاً في ضمن عقد لازم ونحوه، فحال الإعارة حال غيرها، ولعله داخل في قوله المتقدم: (أما إذا كان الوضع بعقد لازم إلى أمد معين) إلى آخره.

كما أنه إذا كان استحقاق الوضع بعقد لازم، لكنه لم يعلم هل العقد سار المفعول إلى ما بعد السقوط، أو انتهى العقد إلى وقت السقوط، كما إذا كان إجارة محدودة بوقت السقوط مثلاً، أو ممتدة، لم يستبعد أن يكون الحكم كالإعارة، لأصالة عدم امتداد الإجارة كما في سائر الإجارات، كما إذا استأجر الدار ثم اختلفا في أنه هل كانت الإجارة لمدة شهر، أو لمدة شهرين، فإن المدعي عليه البينة بالنسبة إلى الزائد على القدر المتيقن. ولعل مراد مفتاح الكرامة مستحقاً بعقد لازم إلى أمد معين، ما لا يشمل مثل ذلك.

وحال الصلح حال الإجارة إذا شك في أن الصلح هل كان لأمد معين بالسقوط أو أكثر من ذلك.

ثم إذا كان خشبه موضوعاً على الحائط بالإعارة أو نحوها مما له الحق في أخذ الخشبة متى شاء، لكنه صادف أن كان أخذ الخشبة مستلزماً لسقوط حائطه أو انهدام غرفته أو ما أشبه، فالمسألة من باب تزاحم الحقين، حق سلطنة صاحب الخشبة، سواء تضرر بالإبقاء أو لم يتضرر، وحق تضرر صاحب الحائط والغرفة وما أشبه، وقد ذكرنا في كتاب الغصب مسائل من هذا القبيل، كما إذا استلزم اخراج الدابة من الدار كسر الباب، وكان إبقاء الدابة في الدار منافياً لسلطة مالك الدابة عليها، وكذلك في سقوط الدينار في المحبرة، وإدخال الدابة رأسها في القدر، إلى غير ذلك من الأمثلة، فلا حاجة إلى الإعادة هنا.

قال في القواعد: (ولو خيف على الحائط السقوط، ففي جواز الإبقاء نظر).

وفي مفتاح الكرامة: (ونحوه ما في الإيضاح والحواشي من عدم الترجيح، وفي

التذكرة: إن الأقوى تحريم الإبقاء لما فيه من الضرر العظيم، وفي جامع المقاصد: إن الأصح جوازه، لأن الإزالة ضرر، والضرر لا يزال بالضرر، مضافاً إلى أن له حق البقاء فيستصحب، وقد يقال: إن الضرر العظيم يزال بالضرر الأقل، وفي البقاء ضرر عليهما فيكون مضاراً، أي قاصداً للضرر، وقد تقرر أنه يمنع، ولا فرق في ذلك بين استحقاق الوضع والإعارة ما لم يبذل الأرش في الإعارة فتجب الإزالة حينئذ) انتهى.

والمسألة من قبيل الفرع السابق، حيث إن لكل من الطرفين دليل السلطنة ودليل «لا ضرر»، فإذا تعارضا قدم الأهم على المهم من باب القاعدة، فإذا كان في بقاء الخشبة احتمال ضرر صاحب الحائط بسقوطه أو تصدعه بما يوجب تضرره عشرة، أما في رفع الخشبة فتضرر صاحبها لانهدام العمارة التي على الخشبة بمائة، فإنه لا وجه لرفع الخشبة، وإنما مقتضى القاعدة أن يكون الضرر موزعاً عليهما على حسب قاعدة العدل، إذا تضرر صاحب الحائط ببقاء الخشبة بالتصدع ونحوه، إذ لا وجه لتحمل أحدهما كل الضرر، وإن كان الضرر الأقل، ويتصور المسألة فيما إذا باع صاحب الدار الدار والحائط لزيد، والخشبة فما فوقها لعمرو، حيث إن لكل واحد منهما الحق فيما اشترط.

ومما تقدم يعرف الكلام في كون الأمر على نحو الإجارة أو الإعارة أو نحو ذلك، فلا حاجة إلى إعادة الكلام.

(مسألة ١٦) قال في الشرائع: (إذا تنازع صاحب السفل والعلو في جدران البيت، والمراد بالجدران الحاملة للعلو، فالقول قول صاحب البيت مع يمينه، ولو كان في جدران الغرفة، فالقول قول صاحبها مع يمينه).

وفي المسالك بعد أن نسب فتوى الشرائع إلى المشهور قال: (ويعضده أن جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها فيحكم بها لصاحب الجملة، وقال ابن الجنيد: إن جدران البيت بينهما، لأن حاجتهما إليه واحدة، بخلاف جدران الغرفة، إذ لا تعلق لصاحب البيت به إلا كونه موضوعاً على ملكه، وارتضاه في المختلف وهو قول جيد، لكل الأول أجود) انتهى.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ويحكم لصاحب السفل بجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بجدران الغرفة): (إنه هو الذي أفتى به المبسوط والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان، وإنه في الروضة نسبه إلى الأشهر، ثم استدل بالدليل السابق، وأضاف أن الظاهر أن وضع اليد على البيت وضع على جدرانه، وكذلك الغرفة).

لكن في الجواهر المناقشة في الحكم المذكور قال: (فيه إنه بعد فرض التنازع في ذلك يكون المراد من الاعتراف بكون البيت والغرفة له مع فرضه ما عدا محل النزاع منها، وإلا لم يكن ثم وجه للمخاصمة كي تتوجه البينة على أحدهما واليمين على الآخر، فلا دليل حينئذ للحكم المزبور إلا دعوى استقلال يمين كل منهما على ما ادعاه، فيكون القول قوله مع يمينه).

أقول: مقتضى القاعدة ما ذكره المشهور، لوضوح أن صاحب البيت هو ذو اليد على جدران البيت، فهو منكر، وصاحب الغرفة مدع، فإذا لم يأت المدعي بالبينة كان على المنكر اليمين، وكذلك بالنسبة إلى جدران الغرفة، فإن جدران

الغرفة غير مرتبطة بالبيت، فصاحب الغرفة هو ذو اليد عليها، أما صاحب البيت فهو مدع، فإن أقام البينة فهو، وإلا كان على صاحب الغرفة اليمين.

ومنه علم وجه النظر في فتوى ابن الجنيد من التفصيل، كما يعلم وجه النظر في مناقشة الجواهر أولاً: في دليل المشهور بقوله: (قد يناقش بمنع استقلال يد صاحب السفل على جدار بيته مع فرض تصرف صاحب العلوبه وبالبناء عليه وبمنع استقلال صاحب العلو مع فرض تصرف صاحب السفل باتصاله بالعالي بملكه على وجه هو كالجزء منه وبالاستكنان تحت السقف المعلق عليه، والتصرف في الجدار إنما هو بالتصرف في بعض أجزائه لأنه شيء واحد عرفاً) انتهى.

ولذا قال أخيراً: (اللهم إلاّ أن يدعى الاستقلال عرفاً منهما على كل منهما، خصوصاً في جدار الغرفة المتفق على اختصاص يد صاحبها حتى من ابن الجنيد كالسقف الأعلى، وأن ما ذكرناه ليس من الأمارة على اشتراك اليد في العادة فيتجه حينئذ قول المشهور) انتهى.

لكن ينبغي أن يستثنى من ذلك ما إذا كانت قرائن توجب أن يرى العرف أن صاحب الغرفة الفوقاني ذا يد على الجدار التحتاني، وبالعكس، كما إذا بنيت القبة وجعل السقف الذي بين الغرفتين شيئاً طارءاً، فإن الساكن في التحت ظاهر يده أنه يد على كل القبة، وساكن الغرفة الفوقانية ذو يد على أرضية غرفته لا على حيطانها التي هي شيء واحد مع التحتاني، وكذلك إذا لم يكن بنحو القبة، وأنها كان البناء من التحت إلى ما فوق واحداً، وإنما الغرفة الفوقانية أرضها كالأجنبي الموضوع على الحيطان الأربعة في أطرافها، وهكذا إذا كانت الغرفة الفوقانية كالجناح في وسط الدار، حيث إن الدار بنيت ككل، وإنما أخرج من بعض الحيطان الجناح، إلى غير ذلك مما يرى العرف أن الفوق

تابع للتحت، وأن صاحب التحت هو ذو اليد، وكذلك الحال في العكس بأن كانت الغرفة التحتانية كالقطعة غير الملائمة، وإنما صب العمارة كلها صب الغرفة الفوقانية إلى الأسس الموضوعة على الأرض خصوصاً إذا كانت الغرفة الفوقانية أو التحتانية لا تلائم الحيطان، بأن كانت الحيطان منحرفة عن أرض الغرفة مما يدل على عارية أرض الغرفة في حيطان غير مرتبطة بها، سواء كان هكذا في فوق أو هكذا في تحت.

وهذا الشيء يشاهد كثيراً ما في البنايات التي تصنع تحتها الكراجات، ثم يجلس في بعض تلك الكراجات بعض الناس بعد بنائهم غرفة عارية لأنفسهم هناك، وكذلك بالنسبة إلى سطوح البنايات حيث تبنى غرفة عارية فوق السطح مما يرى العرف أن صاحب البناية هو ذو اليد على السرداب الذي في التحت أو الكراج أو السطح، إلى غير ذلك من الأمثلة.

والحاصل: إن المرجع العرف، حيث إنهم يرون أن هذه الحيطان للفوقاني أو التحتاني، ولو اختلف العرف أو شكّوا فالمرجع بعد عدم البينة من أحد الجانبين أو وجود البينة في كليهما، والحلف أو عدمه من كليهما، قاعدة العدل، كما هي المرجع في أمثال المقام.

(مسألة ١٧): قال في الشرائع: (ولو تنازعا في السقف، قيل: إن حلفا قضى به لهما، وقيل: لصاحب العلو، وقيل: يقرع بينهما، وهو حسن).

وفي القواعد: (وأما السقف، فإن لم يمكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده، فهو لصاحب السفل، لدلالة اتصاله ببنائه على التصريف، وإن كان بحيث يمكن إحداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين، فهما مشتركان فيه، فيتحمل التسوية لأنه أرض لصاحب العلو، وسماء لصاحب السفل، واختصاص الأول والثاني) انتهى.

أقول: إذا لم يمكن الإحداث كما هو الفرع الأول للقواعد، كان العرف يرون أن صاحب السفل هو ذو اليد، ولذا يحكم به له، وهذا هو المحكي عن التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة.

وفي مفتاح الكرامة: (إن ظاهر الأخيرين أنه ليس محل خلاف، لأن الأزج بناء يعقد فوق الجدران بالجص والآجر، ولا ريب أن هذا النوع من البناء إنما يفعل قبل امتداد الجدار في العلو، لأنه لابد من إخراج بعض الأجزاء ونحوه عن سمت وجه الجدار عن قرب محل العقد ليكون حاملاً للعقد فيحصل الترصيف بين السقف والجدران، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر، وذلك دليل على أنه لصاحب الأسفل، فإن اتصاله ببنائه أقضى كون اليد له) انتهى.

لكن لا يخفى أن الأمر لا يخص مثل ذلك، إذ في ظروفنا الحاضرة تكون العمارات أحياناً مبنية من فوق بسبب الحديد أو الأسمنت أو حتى بالآجر، كما لا يخفى على من يعرف الموازين الهندسية في الحال الحاضر، فإنهم يبنون البنايات ـــ حتى إذا كانت من عشر طوابق ـــ من فوق ويتدرجون إلى تحت، وذلك للسهولة،

ولتمكن الجمع بين البناء والتصبيغ بعد ذلك بدون أن يسبب ذلك تلوث التحت بعد التصبيغ في فوق، كما هو الظاهر لمن رأى أمثال هذه البنايات.

والحاصل: إن العرف إذا رأوا مع ملاحظة القرائن الخارجية أن صاحب السفل هو ذو اليد يحكم له به، لظهور أنه ذو يد، لكن بشرط أن يكونا هما اللذان عمرا الغرفتين، أما إذا احتملنا احتمالا عقلائياً أو علمنا بأن غيرهما عمّر وإنما اشتريا من ذلك الغير أو صالح معهما فلا يأتي هذا الوجه المذكور في الفرع الأول للقواعد، مما نقلنا توضيحه من مفتاح الكرامة.

ثم مع الشك بانقسام العرف إلى قسمين، قد عرفت في المسألة السابقة أن المرجع إما تحالفهما أو ترك الحلف منهما، وإما بينتهما أو عدم البينة منهما، وفي كل الأحوال الأربعة التقسيم.

وأما الفرع الثاني للعلامة فقد ذكر فيه احتمالات ثلاث: التسوية واختصاص الأول واختصاص الثاني.

أما الاحتمال الأول، فهو المحكي عن المبسوط وتقوية الدروس، قال أولهما: إن لم يكن لأحدهما بينة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن حلفا كان بينهما نصفين، والأحوط أن يقرع بينهما، فمن خرج سهمه حلف وحكم له به، وعن الخلاف إنه قال: يقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه وحكم له به، وإن قلنا إنه يقسم بينهما نصفين كان جائزاً.

وأما الاحتمال الثاني، وهو اختصاص صاحب العلو به، فهو خيرة السرائر والإرشاد والمختلف والحواشي وجامع المقاصد ومجمع البرهان، وهو المحكي عن أبي علي، وعن التذكرة: إنه لا بأس به، وعن الروضة: إنه ليس ببعيد، واستدلوا له بأن الغرفة لا تتحقق بدونه، والبيت يتحقق بدون السقف

وهما متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها، ولأن تصرفه فيه أغلب من تصرف الآخر.

وأما الاحتمال الثالث، وهو اختصاص صاحب السفل به، ففي مفتاح الكرامة: لم نجد قائلا به منا، وإنما هو لأبي حنيفة، استدل لذلك بأن السقف على ملك صاحب السفل فكان القول قوله فيه، كما لو تنازعا سرجاً على دابة أحدهما، وعن الإيضاح توجيه هذا القول بأن الهواء تابع للسفل لأنه متوقف عليه.

وهنا احتمال رابع هو القرعة[1]، وقد استدل عليه في محكي الخلاف بإجماع الفرقة على أن كل مجهول فيه القرعة، وهذا من الأمر المشتبه.

ولا يخفى ما في الأدلة المذكورة لغير القول الأول، إذ المرجحات الاستحسانية لا توجب تحقق ذي اليد، والمعيار تحقق ذي اليد، وأما القرعة فإنها وإن كانت حسب القاعدة في موردها إلاّ أن الماليات ليست مورداً للقرعة، بل لقاعدة العدل، كما ذكرنا تحقيقه في بعض المباحث السابقة، ولذا لم يذكرها المشهور، فيبقى الأمر على القول الأول بالتساوي في الصور الأربع، أي حلفهما أو تركهما، أو البينة لهما أو عدم البينة لهما.

ومنه يعلم أنه لا وجه لتوقف الإيضاح، حيث إنه لم يرجح شيئاً من الأقوال المذكورة.

ومما تقدم علم وجه النظر في سائر الوجوه المذكورة لأحد الأقوال الثلاثة، مثل ما عن جامع المقاصد من شدة احتياج صاحب السفل إلى السقف،

(١) الوسائل: ج١٨ ص١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح١١.

وذلك دليل على أن السقف لصاحب السفل، وأن الغرفة على البيت ولا تحقق إلاّ بعده، والبيت لا يتم إلاّ بالسقف، كاستدلال غيره على عكسه، وهو كون السقف لصاحب البيت، بأن اليد مختصة به دون الأسفل، لأن سكونه تحته ليس يداً عليه، إلى غير ذلك.

ثم لا يخفى أن المراد بكون السقف بينهما على نحو الإشاعة، لا على نحو أن يكون النصف الشرقي لهذا والنصف الغربي لهذا، أو النصف الجنوبي لهذا والنصف الشمالي لهذا، أو النصف الفوقاني لهذا والنصف التحتاني لهذا، نعم إذا كان هناك سقفان كما يتعارف كثيراً سقف فوقاني هو أرض الغرفة، وسقف تحتاني هو سقف البيت، وكل واحد يدعيهما، لم يبعد التقسيم فوقانياً وتحتانياً، وإن كان فيه نظر أيضاً، لتعارف جعل السقف هكذا، خصوصاً في الأزمنة القديمة حيث يريدون عدم نفوذ الصوت من أحد الجانبين إلى الآخر، أو عدم نفوذ الحر والبرد وما أشبه.

ومنه يعرف الحال في المسألة السابقة، وهي مسألة الجدار فيما إذا كان الجدار بين الدارين جدارين بينهما فراغ أو تراب أو ما أشبه، كما يتعارف كثيراً في البنايات القديمة.

ثم إنه لو كان السقف تحته بيتان أو فوقه غرفتان، فاعترف أحدهما للآخر ولم يعترف الآخر، المشاركة إنما تكون في غير المعترف به، أما المعترف به فلا نزاع، والأمر غير خاص بالبيت والغرفة، وإنما كذلك حال الدكانين أحدهما فوق الآخر، وحال الطابقين ولو في أعلى الطوابق كما إذا كانت العمارة عشرين طابقاً أو ما أشبه فاختلف صاحب التاسع عشر والعشرين في السقف بينهما.

وحيث يتعارف الآن بناء القبور ذات الطوابق، فالسقف بين التحتاني

والفوقاني أيضاً إذا اختلف الوليان فيه، يكون حاله حال السقف بين الغرفتين.

ثم إنه لو تعارف في بلد مّا كون السقف للتحتاني أو الفوقاني، كان العرف الخاص مقدماً، على ما ذكرناه سابقاً لرؤية العرف كونه ذا يد، وهكذا لو تعارف جعل علامة في السقف فوقه أو تحته يدل على أنه للفوقاني أو التحتاني، ويأتي في السقف أيضاً ما ذكرناه في المسألة السابقة من الأمارات على ارتباط السقف بالفوقاني أو التحتاني من وحدة البناء ونحوها.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في المنع الذي نقله صاحب المسالك، قال: (وربما منع الاشتباه هنا، لأن رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة إلى الحكم)، ثم قال: (وموضع الخلاف السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت، أما ما لا يمكن كالأزج الذي لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملاً للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدار، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر، فإن ذلك دليل على أنه لصاحب السفل، فيقدم قوله فيه بيمينه) انتهى. وقد أخذه عن العلامة كما عرفت، كما أن ما قبله أخذه الشهيد الأول عنه (رحمهم الله) أيضاً.

إذ يرد على المنع المذكور: أن الأمر ليس منوطاً بنظر الفقيه، وإنما بنظر العرف، والفقيه بما أنه أحد العرف يكون نظره مزيلاً للاشتباه، أما بما هو فقيه فلا، نعم الفقيه غالباً من أوسط الناس ذهناً لكثرة مروره على الفروع والأمثلة مما سبب له رياضة ذهنية يتمكن من تطبيق الكليات على الجزئيات، وقول (إن الفقيه متهم في حدسه) محل نظر، سواء في الموضوعات أو في الأحكام، فإن الممارسة توجب رفع الاتهام لا الاتهام، وقد ألمع صاحب الجواهر

إلى الإشكال في مختار الشهيد الثاني مما ذكرناه سابقاً، حيث قال: (قد يناقش بأن ذلك لا ينافي وجود يد من صاحب العلو بالتصرف فيه أيضاً، الممكن أن يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت أو غيره، وحينئذ يكون يد كل منهما عليه، فيتجه فيه التحالف على النحو المذكور) انتهى.

ثم إن تبين أن السقف لهذا أو لذاك بالبينة أو بالحلف أو بغيرهما، فهل على من ظهر أن السقف ليس ملكاً له أن يعطي الإيجار لمن ظهر أنه ملك له أو لا، الظاهر أن هذا نزاع ثان، وأن صاحب الملك إن أقام بينة على أنه لا حق لغيره فيه فعليه إعطاء الإجارة ونحوها، وإلا فمقتضى الاستصحاب حق الآخر فيه مجاناً، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة مباحث الدعوى، فإنه لا فرق في تلك المباحث بين أن تكون في الحائط أو في السقف أو في غيرهما.

وكيف كان، فقد ظهر مما سبق أنه لو تنازع الجميع، سواء كان في غرف في بيت، أو في طبقات، أو في ماكنة الكهرباء التي تزود كل البيت بالكهرباء، أو في خزانات الماء الموضوعة فوق السقف لأجل إرواء الجميع، أو بالبدالة للتلفون التي تعطي الغرف التلفون، أو ما أشبه ذلك، وادعى ملكه كلهم، فإن هنا يأتي أيضاً الصور الأربع، ويأتي قاعدة العدل بالتقسيم بينهم جميعاً باعتبار أن جميعهم ذو يد، فلا يقال: إن خزان الماء لما كان أقرب إلى الغرفة الفوقانية من الغرفة التحتانية إنه للفوقاني، أو إن ماكنة الكهرباء لما كانت أقرب إلى التحتاني من الفوقاني فهي للتحتاني، إلى غير ذلك من الأمثلة.

والظاهر عدم الفرق في التقسيم بالسوية في الأمور الثلاثة التي ذكرناها وغيرها، بين سعة الشقق وضيقها، وكثرة غرفها أو قلتها، مثلاً كانت شقة ذات أربع غرف، وشقة أخرى ذات ثلاث غرف، فإن تقسيم الماكنة بينهما على نحو سواء، لأن التنازع بين

الساكنين، ولا ربط بالتنازع بالسعة أو الضيق، أو كثرة أفراد أحدهما دون الآخر.

ومثل ذلك لو كان جماعتان ساكنين في بيت، إحدى الجماعتين خمسة والأخرى عشرة، فاختلفا وادعى كل جماعة أن الدار لهم، فإنه بعد موازين التحالف والبينة يحكم بتنصيف الدار، لا بالتقسيم بالنسبة بأن يكون للخمسة الثُلث وللعشرة الثلثان.

وكذلك إذا كانتا في سيارة، إحدى الجماعتين ثلاثة والثانية اثنان مثلاً، فإنه بعد التحالف وما أشبه يحكم أنها بينهما على التساوي، لا أن للثلاثة ثلاثة أخماس وللاثنين الخمسان، وهكذا في سائر الأمثلة.

(مسألة ١٨): قال في الشرائع: (إذا خرجت أغصان شجرة إلى ملك الجار وجب عطفها إن أمكن، وإلا قطعت من حد ملكه، وإن امتنع صاحبها قَطَعها الجار، ولا يتوقف على إذن الحاكم).

وقد أفتى بذلك في القواعد ومحكي التحرير والإرشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان، ونفى عنه البعد في الكفاية، ومال إليه في المسالك قال: (إن الواجب على مالك الشجرة تفريغ أرض الغير أو هواه من ماله كيف ما أمكن، فإن امتنع منه فلمالك الأرض والهواء تولي ذلك، مقدماً للعطف على القطع مع إمكانه، وكما يثبت الحكم المذكور في الأغصان كذلك في العروق، ولا يتوقف مالك الأرض على إذن الحاكم حيث يمتنع صاحب الشجرة، كما له إخراج بهيمة تدخل ملكه بدون إذنه، وربما قيل بجواز إزالة مالك الأرض لها من دون مراجعة المالك، لأن إزالة العدوان عليه أمر ثابت له، وتوقفه على إذن الغير ضرر، ويشهد له جواز إخراج البهيمة بدون إذنه، ولأنه لو توقف على إذن المالك لتوقف على إذن الحاكم مع امتناعه، إذ لا يجوز التصرف في مال الغير بغير إذنه أو إذن من يقوم مقامه، وظاهر التذكرة أن مالك الشجرة لا يجب عليه إزالتها، وإن جاز لمالك الأرض، لأنه من غير فعله والأول أجود) انتهى.

أقول: أما مالك الشجرة، فالظاهر أنه يجب عليه إزالة الأغصان والعروق إذا كان يرى العرف أنه متعد، وكون الأغصان هي التي ذهبت لا يمنع ذلك، فإن الأشياء المرتبطة بالإنسان إذا لم يمنعها الإنسان كان هو المتعدي بنظر العرف، أما إذا لم ير العرف أنه تعد بحق الجار مثلاً لم يجب، كما إذا كان غصن ضعيف مثلاً داخلاً في هواء بستان الجار، ولذا تكثر في البساتين كون أشجار بعض البساتين تدخل في بساتين الجيران، والسر في هذا التفصيل أن مثل «لا يتوى

حق امرئ مسلم»[1]، و«حقوق المسلمين لا تبطل»[2]، وغير ذلك لا يشمل ما لم ير العرف أنه تعد بحق الآخرين.

ولا يخفى أن التعدي بحق الآخرين غير الضرر، إذ بينهما عموم مطلق، فإن كل ضرر تعد، وليس كل تعد ضرراً.

وكذلك الحال فيما إذا دخل حيوان الغير في دار الغير، مثلاً جاء عصفوره وجلس على سطح داره مما لا يرى العرف أنه تعد بحق صاحب السطح، ولا يخفى أنه لا تلازم بين عدم الوجوب على المتعدي وبين جواز الإخراج على المتعدى عليه، فإنه وإن لم يجب على صاحب الغصن إخراجه، أو على صاحب العصفور تطييره من سطح الجار، إلاّ أنه يجوز للجار طلب إخراج الغصن وتطيير العصفور، إلى غير ذلك.

أما المتعدى عليه، فإن كان الإخراج والتطيير مثار نزاع وما أشبه احتاج إلى الرجوع إلى المالك، فإن أبى فالحاكم، وكذلك إذا لم يتمكن من الرجوع إلى المالك لقصور أو غيبة أو ما أشبه، وإلا بأن لم يكن مثار النزاع فلا حاجة إلى الرجوع إلى المالك أو الحاكم، ولذا جرت السيرة على الأمرين، مثلاً إذا جاء حمام إنسان إلى دار إنسان نرى السيرة على تطييره بدون مراجعة المالك أو الحاكم، وأما إذا كان هناك مثلاً سرب من الحمام أو الدجاج أو الدواب مما يكون التطيير والإخراج محل الإضاعة ومثار النزاع، فإن السيرة ترى وجوب الرجوع إلى المالك ثم إلى الحاكم، والسر أن أدلة الرجوع إلى المالك أو الحاكم لا تشمل الأمور الطفيفة بانصراف الأدلة عن مثلها، بخلاف الأمور الكبيرة.

(١) العوالي: ج١ ص٣١٥ ح٣٦.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٩ الباب ١٨ ح٣.

ومما تقدم من التفصيل يظهر وجه النظر في كلا الطرفين:

من المبسوط والشرايع والتذكرة والدروس والحواشي والمسالك والكفاية وغيرها ممن يرون توقف جواز الإزالة على مطالبة المالك، لأنه لا يجوز التصرف في مال الغير بغير إذنه، فسواء القطع أو العطف تصرف في الأغصان، فإذا تصرف بدون الإذن ضمن لقاعدة اليد وغيرها.

ومن العلامة وجامع المقاصد ومجمع البرهان وغيرهم ممن قالوا بعدم الاحتياج إلى إذن المالك أو الحاكم، مستدلين بأنه إزالة عدوان عليه، وتوقفه على إذن الغير ضرر، فهو كإخراج دابة الغير عن ملكه لا يتوقف على إذن المالك ولا الحاكم، مع أن اخراج الدابة أشكل، حيث يحتمل تلفها، أما عطف الأغصان فلا تلف فيها، مضافاً إلى أن الأصل عدم وجوب إبقاء مال الغير في ملكه بلا سبب شرعي، والأصل براءة الذمة من وجوب مراجعة المالك.

قالوا: أما كونه تصرفاً في مال الغير فلا بأس به، بعد أن كان معارضاً بأن الغير تصرف في ماله فسقط احترام مال الغير، فهو مثل أن يجعل الغير سجاده أو فرشه أو ما أشبه في الشارع، حيث يجوز للمارة العبور عليها، لأنه أسقط احترام مال نفسه، ولا فرق بين الإسقاط القهري والإسقاط الاختياري، فإنه مال الغير محترم إذا عمل بموازينه، أما إذا لم يعمل بموازينه فقد سقط احترامه.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر، حيث قال: (ربما يقال بالتفصيل بين ما كان فيه ضرر بمراعاة اعتبار الإذن منه أو من الحاكم، وعدمه فلا يحتاج إلى الإذن في الأول دون الثاني مراعاةً للجمع بين القواعد جميعاً، وعلى كل حال، فما عن التذكرة من أن مالك الشجرة لا يجب عليه إزالتها وإن جاز لمالك الأرض لأنه من غير فعله، ويلزمه عدم الإجبار عليه مخالف للقواعد الشرعية) انتهى كلام الجواهر.

إذ يرد عليه أولاً: إن المعيار ليس الضرر، فإن التصرف في حق الغير

وإن لم يكن ضاراً يكون لذلك الغير دفعه، كما أن قوله: (فتوى التذكرة مخالفة للقواعد الشرعية) محل تأمل، إذ قد عرفت أن مقتضى القاعدة التفصيل لا إطلاق الاحتياج أو إطلاق عدم الاحتياج.

ثم حيث عرفت وجوب الإزالة على صاحب الأغصان لو طلبه ذو الهواء، تعرف وجه فتوى المبسوط والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية من أنه يجبر مع الامتناع، فقول مفتاح الكرامة: (لا دليل لهم يعول عليه إلاّ الاستئناس له بما إذا مال حائطه إلى الشارع أو ملك الغير فإنهم أوجبوا عليه الإزالة مع التمكن، وقالوا: إن لم يفعل ضمن)، إلى آخر كلامه، فيه وجود الدليل، لأنه تصرف في حق الغير، فيشمله «لا يتوى» و«لا تبطل» وغير ذلك، فيكف يمكن أن يقال لا دليل لهم يعول عليه.

وبذلك يسقط استدلال مفتاح الكرامة لعدم الجبر بالأصل، كما أن خيرة التذكرة بعدم الجبر استدلالاً بأنه من غير فعله غير ظاهر، إذ قد سبق أن التعدي سواء كان من الإنسان أو من متعلقات الإنسان يجب أن يدفع، فهل إذا انكسر أنبوب الغير فسبب مجيء الماء إلى دار الجار أو انقطع التيار الكهربائي فسبب دخول النار إلى دار الجار، أو غير ذلك مما لم يكن من فعل مالك الأنبوب والتيار يقال إنه لا يجب عليه لأنه من غير فعله، بل مقتضى القاعدة الضمان أيضاً إذا سببت الأغصان تحطم حائط الجار أو ثقبه أو ما أشبه ذلك، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في بعض ذلك في كتاب الغصب فلا حاجة إلى الإعادة.

ثم إن المسالك قال: (ولو قطعها مالك الأرض مع إمكان العطف ضمن، لكن هل يضمن جميع ما يقطع أم تفاوت بينه وبين المعطوف، وجهان، من التعدي بالقطع فيضمنه، ومن أن العطف حق له وما يفوت به في حكم التالف شرعاً).

وفي الجواهر: (لعل الأقوى الأول).

أقول: لكن لا يبعد الثاني، لأنه إنما سبب ضرر الجار بقدر التفاوت لا بقدر الكل، فلماذا يضمن الكل.

ثم الظاهر أنه إذا كان كل من العطف والقطع راجحاً من جهة، ومرجوحاً من جهة، تخير صاحب الهواء بينهما، وإلا فإن كان أحدهما أولى قدم على الآخر، فإطلاق الجواهر حيث قال: (مع إمكان العطف لا يجوز له القطع، فلو فعله كان ضامناً) محل تأمل، مثلاً إذا كان عطفه يوجب فساد كل ثمار الشجرة، والثمار تسوى ديناراً، بينما أن القطع يوجب ضرر نصف دينار، فهل يقال بأن العطف مقدم على القطع أو مساو له، إلى غير ذلك من الامثلة. اللهم إلاّ أن يقال: إن أمثال هذه الصورة ليس مسرحاً لكلام الجواهر.

ثم إنه لو مضت مدة طويلة عليها كذلك بما كان له أجرة فالمالك ضامن لها، من غير فرق بين أن علم المالك وفرط أو لم يعلم، أو علم ولم يفرط، إذ التصرف في حق الغير بما فيه أجرة يوجب الأجرة له مطلقاً، فقول المسالك: (ولو مضت مدة طويلة عليها كذلك مع علم المالك به وتفريطه ضمن أجرة الأرض والهواء) محل نظر.

وما ذكرناه هو الذي يظهر من الجواهر حيث إنه قال: (يقوى وجوب الأجرة له مع امتناع المالك، وإن لم يستأذن من الحاكم إذا لم ينو التبرع، ولو مضت مدة طويلة عليها كذلك مع تفريطه ضمن أجرة الأرض والهواء، كما صرح به غير واحد، بل لعله كذلك مع صدق استيفاء المنفعة وإن لم يكن ثم تفريط) انتهى. وإن لم يكن كلامه كافياً بما ذكرناه.

ثم إنه صرح غير واحد أيضاً بأنه ليس لمالك الأرض إيقاد النار تحت الأغصان لتحرق، حيث يجوز القطع لأنه أشد ضرراً، فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زيادة على حقه، وهو كما ذكروه إلاّ إذا كان الإيقاد والقطع متساويين، أو كان الإيقاد أقل ضرراً كما يمكن تصويره، فإنه يقدم الأقل ضرراً، ومع تساويهما

يتساويان، ولا يخفى أن كلامهم في المتعارف الذي يكون القطع أقل ضرراً، فلا يرد عليهم عدم التفصيل على ما ذكرناه.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (نعم قد يقال: إن له إيقاد النار لمصالحه كالتنور ونحوه، وإن أدى ذلك إلى تلف الأغصان مع تفريط المالك بعدم العطف مثلاً أو القطع، لعموم تسلط الناس، ولأن إهماله وتفريطه أقوى من انتفاع المالك بماله المؤدي إلى تلف مال الغير)، ولعله لذا قال أخيراً: فتأمل، إذ أن تفريط الغير لا يسبب التدرج إلى الأصعب مع إمكان الأسهل، فهل يقال بأن تفريط صاحب الدابة في دخول دابته دار الإنسان يبيح له أن يقتل دابته عوض أن يخرجها، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ثم إن القواعد قال: (وكذا البحث في العروق الممتدة، والحائط المائل إلى هواء غيره، والخشبة الواقعة على ملك غيره).

أقول: وكذلك الحال في الميزاب المائل وأنبوب الماء وأعمدة الكهرباء والتلفون والتلفزيون وغير ذلك، والوجه في الجميع واضح، والعروق الممتدة في سردابه مثلاً أو في بئره أو في غرفته أو فيما إذا أراد إحداث سرداب ونحوه، له قطعها أو عطفها.

وإذا سبب القطع مثلاً أو العطف مما لابد منه كموت الأشجار لوحظ تعارض الضررين، كما سبق مثل ذلك، بالإضافة إلى أنه أحياناً يكون إسرافاً والإسراف محرم في نفسه، وقد ذكرنا مسألة التعارض والإسراف في بعض المسائل السابقة، كما ذكرناها في كتاب الغصب أيضاً.

ثم الظاهر أن أجرة القطع على المالك لا على صاحب الهواء والأرض، لأن التعدي منه وهو المأمور برفع العدوان، وكذلك إذا دخل دابة الغير دار الإنسان واحتاج إخراجها إلى مؤنة، فإن امتنع كان لصاحب الهواء التقاص،

أما بيت المال فلا شأن له في هذه الأمور المرتبطة بالاشخاص، والتي هي لمصالحهم الشخصية، نعم يصح للحاكم الشرعي الإعطاء من بيت المال إذا رأى ذلك صلاحاً كما في سائر الموارد.

وقد ورد أن بعض تلاميذ الإمام الصادق (عليه الصلاة والسلام) أعطى مالاً لقطع النزاع بين نفرين، ثم قال: إنه من الإمام الصادق (عليه السلام)[1].

ثم إنه لو تعاسر صاحب الهواء وصاحب الشجر في من يقطع الأغصان أو يعطفها، حيث استلزم عطفها أو قطعها دخول أرض الجار صاحب الهواء، فأراد كل واحد منهما أن يعمل ذلك، لم يكن وجه لتقديم أحدهما على الآخر، لأن كل واحد يريد التصرف في مال الغير، والحاكم الشرعي يفصل بينهما بالتنصيف، بأن يعمل كل منهما النصف، لأنه مقتضى قاعدة العدل، ولا يرجع إلى ثالث، لأنه خلاف سلطتهما، وقد تقدم في بعض المسائل السابقة أن الحاكم الشرعي إنما له أن يتصرف خلاف السلطة بقدر الضرورة لا أكثر من ذلك، فإن الضرورات تقدر بقدرها.

ثم حال الأغصان المتعدية إلى الجار حالها فيما إذا أخذت أمام الهواء أو النور لشباك الجار، حيث له الحق فيهما، فإن لصاحب الشباك العطف أو القطع أو ما أشبه، كما أن الأشجار لو كانت بكلها في أرض صاحبها لكنها توجب الذباب ونحوه للجار مما ليس بمتعارف كذلك، إذ قد ذكرنا في كتاب إحياء الموات وغيره أن الأذية المتعارفة من الجيران للجيران لا توجب شيئاً، وحينئذ لا يتوقف الأمر على القطع أو العطف للأغصان فقط، بل أحياناً يكون دفع الأذى بمثل رش المبيدات أو نحو ذلك.

---

(١) الكافي: ج٢ ص٢٠٩ باب الإصلاح بين الناس ح٣.

ثم إن الشرائع قال: (ولو صالحه على إبقاء الغصن في الهواء لم يصح على تردد، أما لو صالحه على طرحه على الحائط جاز مع تقدير الزيادة أو انتهائها).

أقول: أما التردد في الأول فقد ذكروا أن وجه العدم عدم جواز إفراد الهواء بالصلح، كما في البيع كذلك، ووجه الجواز أن الصلح عقد مستقل مع عدم كون ذلك صلحاً عن الهواء، بل هو صلح عن منفعة قائم مقام الإجارة.

وفي الجواهر: لا ريب أن الأقوى الثاني، خلافاً للمحكي عن الشيخ، لكنك قد عرفت سابقاً أن الصلح ليس بتبع للبيع أولاً، وأن بيع الهواء جائز أيضاً، لإطلاق أدلة البيع بعد كونه عرفياً.

أما الصلح على الطرح على الحائط، ففي مفتاح الكرامة عند قول العلامة بذلك: أنه هو الذي ذكره التذكرة والتحرير والدروس وغيرها، وقد يظهر من التذكرة أنه لا مخالف فيه من الخاصة والعامة، وفي الجواهر: بلا خلاف.

وأما الاحتياج إلى تقدير المدة والزيادة وانتهائها، فقد ذكروا وجه ذلك أنه لولا ذلك يكون الصلح مجهولاً ومثله باطل، وعن الشيخ في المبسوط جوازه على إبقائه على الجدار إذا كان الغصن يابساً، وقال: إن كان رطباً يزيد فالصلح باطل لأنه مجهول، فإنه يزيد في كل حال، ولا يعرف قدره.

وعن جماعة من الفقهاء أنهم قالوا: إن زيادته وانتهاءها تعرفان بظن أهل الخبرة فلا جهالة.

وكيف كان، فحيث قد عرفت أن الصلح يغتفر فيه من الجهالة ما لا يغتفر في غيره، فإن كانت الجهالة بحيث لا يغتفر فيه لم يصح الصلح، وإلاّ صح، فالإطلاقات في كلا الجانبين محل نظر.

أما قول مفتاح الكرامة: (قد يقال: إن الجهالة في المعوض عنه لا تمنع الصحة، لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض، والحاجة تدعو إلى الصلح لكثرته في الأملاك المتقاربة، وفي القطع إتلاف وضرر، فلا يخفى ما فيه)، ثم قال: (لو فرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة، كان حكم الزائد حكم الأصل لما تعدى إلى المالك قبل الصلح، ويمكن أن يعفى عن هذه الزيادة المتجددة كالأولاد الحادثة للمستأجر للغرفة والسمن الحادث لمستأجر الدابة. وقالوا: لابد مع ذلك من تقدير مدة الإبقاء فلا يجوز مؤبداً، قلت: لأنه هنا يفيد فائدة الإجارة، وكأنه في المسالك متأمل في ذلك حيث قال: على ما ذكره الجماعة) انتهى.

وفرعه الأول في الزيادة على خلاف العادة هو مقتضى القاعدة، أما مثل زيادة الأولاد والسمن فالظاهر أن الإجارة ونحوها لا تقيد بمثل هذه القيود، ولذا يصح أن يستأجر الإنسان الدار من غيره ولا يعلم كم عدد عائلته إذا كان على نحو المتعارف في الزيادة والنقيصة، نعم التأبيد وعدم التأبيد غير ضار بالصلح، وإن كان التأبيد ضاراً بالإجارة، فإنك قد عرفت أن الصلح مبني على مسامحات ليست جارية في غيرها، فلا تلازم بين الصلح والإجارة حتى يقال إذا بطلت الإجارة بطل الصلح، ولو انعكس الأمر بأن صالح والأغصان بعد لم تتعد إلى حائط الجيران لأنه كان من طبيعتها التعدي صح.

ثم إن كان بسبب آفة أو نحوها لم تتعد أصلاً وانكمشت الأشجار على نفسها، فالصلح باطل، لفرض عدم طرف للصلح بعد وقوع الصلح في العوضين، ولو تصالحا على وضع الأغصان على الحائط ثم إن الأغصان سببت هدم الحائط أو تصدعه و لم يكن ذلك من الصلح كان صاحب الأغصان ضامناً، أما لو تصالحا

على كون الأغصان في الهواء فصارت على الحائط احتاج الصلح إلى التجديد، لأن الصلح على الهواء غير الصلح على كونها على الجدار، ومثله العكس، بأن كان الصلح على الحائط فارتفعت الأغصان بما لم تكن على الحائط، ولم يشمل مثل ذلك الهواء الصلح، فإن الأمر يحتاج إلى صلح جديد وبطل الصلح السابق.

ثم إنه يصح الصلح مطلقاً، وعلى أغصان أشجار خاصة كالعنب مثلاً، فإذا بدلها المالك إلى أغصان أخرى أو ضم أغصاناً أخرى مع الأغصان المصالح عليها كان خلاف الصلح، وإن كان تحميلهما على الحائط أو في الهواء بقدر واحد، لأن ذلك خلاف مقتضى الصلح.

وإذا تساقطت الثمار من الأغصان المحمولة على أرض الجار فتعاسرا فيمن يجمع تلك الثمار لصاحبها، كان كالتعاسر في قطع الأغصان كما عرفت.

ولو اختلفا في أن الصلح هل كان محدوداً أو غير محدود، فالأصل مع عدم الزيادة في المدة.

كما أنهما لو اختلفا في أنه هل كان الصلح على مثل هذا الحمل الثقيل أو الأخف، كان الأصل مع القائل بالأخف.

ولو اختلفا في أنه هل كان الصلح على الهواء أو على الحائط، فالتحالف، لعدم الجامع بينهما.

نعم إذا كان الاختلاف في أنه هل كان الصلح على الهواء مع الحائط أو الهواء المجردة، كان الأصل مع القائل بالهواء المجردة.

ثم إذا كانت الأشجار قرارها في دار إنسان، ورؤوسها في دار إنسان آخر، كما أحياناً يكون كذلك فيما إذا استطالت الشجرة وثقبت وخرجت منها إلى فوق، فاختلف صاحب العلو وصاحب السفل في أن الشجرة لمن هو

لم يستبعد أن يكون ذو اليد هو صاحب السفل لا صاحب العلو، فيحتاج صاحب العلو إلى الدليل، وإن كان المحتمل أن الدار كانت لإنسان فورثاه بحيث قسما بينهما العلوي للعالي والسفلي للسافل، فيكون الثمار والجهة العالية للعالي والعروق والجهة السافلة للسافل، أو غير ذلك من صور الاشتراك، أو صورة اختصاص العالي بالشجرة بأن استأذن السافل في إنباتها أو اشتراها منه فتكون للعالي، فكما تقدم في الجدار.

ومثله حال النباتات ذات الأوراق التي تغطي الجدران، بأن كان المنبت في السافل والأوراق على جدار العالي، أو المنبت في دار إنسان والأوراق في دار إنسان آخر.

ومن المسألتين يعرف حال ما إذا كان المنبت عالياً والأوراق سافلاً، كما قد يتعارف في مثل هذه النباتات التي ينتفع بأوراقها في تزيين جدران العمارات.

(مسألة ١٩): قال في الشرائع: (إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلي، ولآخر بيوته العليا، وتداعيا الدرجة، قضى بها لصاحب العلو مع يمينه).

وفي الجواهر تعليل ذلك بقوله: (من حيث كونه صاحب سفل وعلو، لاستقلال يد اختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك، وإن كانت موضوعة في الأرض المحكوم بها أيضاً لصاحب السفل باعتبار اقتضاء اليد عليها اليد على محلها، ويد اختصاص الأسفل على غيرها من الأرض لا يوجب اليد له عليها كما هو واضح).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ويقضى بالدرجة لصاحب العلو): (كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والدروس والمسالك والروضة).

أقول: إن العمدة في ذلك أن صاحب العلو هو ذو اليد عرفاً دون صاحب السفل، ولكن هذا إنما هو في الدرج الذي لم يكن ظاهره أنه لصاحب السفل، حيث إن البناء يكون كبناء الحيطان والساحة والغرف، بينما بناء صاحب العلو بشكل آخر، حيث إن ذلك يخرجه عن أن يكون صاحب العلو ذو اليد عرفاً، وإنما الظاهر أن صاحب السفل هو ذو اليد.

ولو اختلف العرف أو شك في مثل ذلك، فالمرجع التحالف والبينة، حسب الموازين المقررة، وبعد ذلك يقسم بينهما، كما أن الدرج لو كان نابعاً من فوق بالحديد ونحوه بدون أن يكون له قرار على الأرض كما في بعض العمارات في الحال الحاضر، فإنه لصاحب العلو بلا شبهة، لأن الشبهة التي كانت في الدرج الثابتة غير آتية هنا، ولو كان الدرج متحركاً في ساحة لصاحب السفل بدون أن يكون متصلاً بعمارة صاحب العلو، فإنها لصاحب السفل حسب القاعدة، إذ هو كسائر الأمتعة الموجودة في ساحة الإنسان، حيث يحكم بها له، أما

الدرج الممتد بامتداد الطوابق كما هو متعارف في العمارات ذات الطوابق الكثيرة، فالظاهر أن المختص مختص والمشترك مشترك، فالدرج الأخير إلى الطابق الأخير للأخير، وما قبله لاثنين، وما قبله لثلاثة، إلى أن يصل إلى الدرج الأول، فهو للجميع، أما الدرج الأخير من الطابق الأخير إلى السطح فلا يبعد أن يكون كالفضلة في آخر الزقاق على ما عرفت سابقاً، لأن السطح ليس خاصاً بالأخير، ولأن الأخير ليس يستعمل الدرج إلى السطح حتى يكون ذا يد عليه.

ولا فرق فيما ذكرناه بين الدرجات المبنية أو الدرجات المزحلقة الكهربائية كما يتعارف في الحال الحاضر.

أما الصعادات الكهربائية، فالظاهر أن الجميع متساوون فيها، وإن كان دروبها إلى الشقق مختصه بصاحب الشقق، حيث إنهم هم الذين يتصرفون فيها وحدهم، من غير اشتراك الآخرين معهم فيكونون هم ذا يد على تلك الدروب، والاشتراك في الصعادات بالتساوي لا بالنسبة، بأن يقال مثلاً صاحب الطابق السفلاني إنما يستعمل الصعادة بقدر عشرة أذرع، أما صاحب الشقة الفوقانية فإنما يستعملها بقدر مائة ذراع، إذ لا اعتبار بكثرة التصرف وقلته في تسمية الإنسان ذا يد، فإذا كان مثلاً في دكان نفران يجلس في الدكان أحدهما ثلاثة أرباع اليوم والآخر ربع يوم لا يقال إن ثلاثة أرباع الدكان للأول وربعه للثاني، لأن كليهما ذا يد، والاعتبار بكونه ذا يد لا بالقلة والكثرة.

كما ذكرنا مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة، من كون أحدهم ذا عائلة خمسة، والآخر ذا عائلة عشرة مثلاً، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ثم إن المسالك قال: (هذا مع اختلافهما في الخزانة تحتها، أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الأسفل، كانت الدرجة كالسقف المتوسطة بين الأعلى والأسفل،

فيجرى فيها الخلاف السابق)، وكأنه أخذه من الدروس، حيث قال في محكي كلامه: (ولو تنازعا في المرقى ومحله فهو للأعلى، وفي الخزانة تحته بينهما، ولو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الأسفل فالدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل فيقضى بها بينهما، ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته تحتها، ثم إذا ثبت الدرج للأعلى فهو ذو يد في الأسس) انتهى.

وما ذكراه هو الأقرب بنظر العرف، لأن الخزانة بيد صاحب الأسفل، والمرقى بيد الأعلى، فهو يكون كالسقف الذي يدعيه صاحب العلو وصاحب السفل.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر، حيث قال: (قد يرجح صاحب السفل بأنها من بيوته، الظاهرة في العرف استقلال يد اختصاصه بها بتبعية الهواء للدار كاستقلال يد اختصاص صاحب العلو عرفاً بالأعلى، إذ فيه إن المعيار العرف، والعرف يرونه كالسقف الذي فوقه غرفة وتحته بيت أو وتحته غرفة أيضاً، ومن ذلك يعلم حال الدرج الذي لا يصعد منه إلى فوق، وإنما يترل منه إلى تحت، حيث التحت لأحد، وسطح الساحة لإنسان آخر.

ولو اختلفا في السقف الذي تحته السرداب، فحاله حال السقف الذي فوق البيت تحت الغرفة، لوحدة الملاك عرفاً بين الجميع.

ثم إن مفتاح الكرامة قال: (لابد من التقييد في الدرجة بما إذا كانت معقودة، فلو كانت دكة غير معقودة، أو كانت سلماً في محل الصعود مربوطاً به أم لا، فلا مجال للاختلاف فيهما، بل هما للأعلى قولاً واحداً على ما قد يفهم من التذكرة، كما أن السلم الموضوع في غير محل الصعود ملك لصاحب السفل إذا كان في ملكه).

أقول: لا يمكن القول بإطلاق كون الدكة للأعلى، إذ قد تكون هنالك

حجر موضوع يصعد عليه إلى غرفته الأعلى وهو لصاحب الدار، حيث يجلس عليه مثلاً، أو وضعه لمأرب هناك، فالمرجع العرف، فإن رأوا أن الأعلى ذو يد عليه فهو له، أو الأسفل ذو يد عليه فهو له، أو لم يروا أنه لهذا أو لذاك فمقتضى القاعدة التقسيم بعد إجراء موازين الدعوى.

وعلى أي حال، فإن ظهر سقف الخزانة وهو الدرج موضوعاً لذي يد من أحدهما فهو، وإلا فمقتضى القاعدة التقسيم، فاحتمال القرعة كما عن الشيخ في أحد قوليه في الكتابين، والشهيد في اللمعة وغيرهما محل نظر، وقد ذكرنا غير مرة في مباحث الفقه: أن الماليات تحكم فيها قاعدة العدل على قاعدة القرعة، فليس هناك من موضوع القرعة الذي هو المشكل حتى يكون المرجع القرعة.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن تكون الخزانة ذات صندوقين أو صناديق أو ذات صندوق واحد، لكن إذا كانت الخزانة ذات صندوقين أحد الصندوقين كالأسفل محل وضع أثاث صاحب السفل، والصندوق الآخر محل وضع أثاث صاحب العلو، يكون كل واحد منهما ذا يد على ما يخصه من الصندوق، ويكون ذلك قرينة على أنه ملك له، وإن اختلفا بأن كان كل واحد منهما يدعي الكل، لأن كل ذي يد داخل وغيره خارج، فيعمل في الصندوقين حسب ما يعمل في الداخل والخارج في الدور والدكاكين وغيرها، ومثل الصندوقين صندوق العلو والسفل إذا كان الصندوقان باستطالة.

ثم إن المنارة لنفرين يصعدان عليها إذا اختلفا في الدرج وكانت ذات درجين، فإذا كان اختصاص أحد الدرجين بأحدهما والآخر بالآخر، فكل واحد ذو يد على الدرج الذي يصعد منه إلى رأس المنارة، أما إذا كانا يصعدان هذا من هذا

الدرج مرة، ومن ذلك الدرج أخرى، وكذلك العكس، فهما ذا يد عليهما، ويكون الحال التقسيم.

ثم إنه إذا لم يكن تحت الدرج خزانة وادعاه الأعلى والأسفل كان مقتضى القاعدة أن يكون للأسفل، إذ لا وجه لأن يكون للأعلى بعد كونه من ساحة الأسفل، خصوصاً إذا كان الدرج من الحديد ونحوه مما صنع من القضبان المنفرج في أواسطها، فإنه لا وجه لإعطائه للأعلى، وإن كان من المحتمل أن الأعلى اشتراه منه أو غير ذلك، فإن الاعتبار بكونه ذا يد، على ما تقدم.

ولا فرق في المسائل السابقة بين أن تكون الخزانة خزانة فارغة أو خزانة أثاث أو خزانة دجاجات وطيور وما أشبه.

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو تداعيا الصحن الذي وضعت المرقاة في صدره، أي نهايته في السعة، وهو آخر خطته في الجهة المقابلة للباب، قضي منه بما يسلك فيه العلو بينهما مع التحالف والنكول، وما يخرج عنه لصاحب السفل، لظهور يد صاحب العلو باعتبار افتقاره إلى السلوك في ملك مقدار الممر ويشاركه فيه بالتصرف أيضاً صاحب السفل ويختص بغيره) انتهى.

وقال العلامة في القواعد: (لو تنازعا صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا، فإن كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك واختص الأسفل بالباقي).

ونقله مفتاح الكرامة عن الدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة والتحرير والإرشاد وغيرها، ثم قال: (ووجهه أن صاحب العلو لما افتقر سلوكه إليه إلى التصرف من الصحن في قدر الممر كان له عليه يد دون باقي الصحن، وصاحب السفل يشاركه في التصرف وينفرد بالباقي، ويكون قدر المسلك بينهما، وقد خالف الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة فذهبا إلى أن

الأسفل بينهما نصفين، واحتمله في الدروس لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستقيم، ولا يمنع من وضع شيء فيها ولا من الجلوس قليلاً، فله يد على الجميع في الجملة) انتهى.

لكن مقتضى القاعدة هو المشهور، لوضوح أن العرف لا يرون صاحب الأعلى ذا يد على الجميع، وإنما يرون أنه ذا يد على قدر الممر، نعم لو كانت الساحة قليلة العرض كذراعين مثلاً مما يرى العرف أن تصرف كل واحد منهما في الساحة بقدر تصرف الآخر يكون مقتضى القاعدة الاشتراك، وقد أشكل الجواهر على قول الدروس لإمكان الاشتراك، بقوله: (وفيه إن مثل هذا التسامح المعتاد لا يقتضي اليد على تمام العرصة كما هو واضح) انتهى.

ومراد القائل بالاشتراك وعدمه في الساحات الواسعة لا ما فرضناه من صورة الاستثناء، فلا يستشكل عليهم بما ذكرناه، فإن المستثنى منصرف عن مورد كلامهم، وإن كان كثيراً ما يقع في الخارج كما شاهدناه في بعض البيوت التي عرض ساحتها قليل، وإن كان طولها كثيراً، أما إذا انعكس الأمر بأن كان الممر من الباب إلى درج الغرفة الفوقانية قليلاً كذراعين أو ثلاثة أذرع مثلاً، أما الخط المقابل له اليمين واليسار كثيراً كعشرين ذراعاً وما أشبه، فلا يشك في أن صاحب الغرفة ليس مشتركاً، لأنه ليس ذا يد على طرف اليمين والشمال، وإنما يده على ممره فقط.

ثم إن القواعد قال: (ولو كان المرقى في الدهليز أو في أول الباب، فمن أول الباب إلى المرقى بينهما والباقي للأسفل).

وفي مفتاح الكرامة: (قد صرح بالحكم المذكور فيما إذا كان بالدهليز في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة، وأما إذا كان في أول الباب، ففي جامع المقاصد

أن الاشتراك لا يتأتى، إذ المرقى في أول الباب، ويمكن أن يقال: لابد من الباب والصعود في المرقى في الاشتراك إلى أول المرقى) انتهى.

وهو كما ذكروه، ولا فرق في ذلك بين باب السرداب وباب الغرفة الفوقانية، لوحدة الدليل في كلا الأمرين، كما أنه لا فرق في أن يكون الفوقاني أو التحتاني غرفة للسكنى أو دكاناً أو مخزناً أو غير ذلك.

ثم قال القواعد: (ولو خرج المرقى عن خطة الخان والعرصة بأجمعها فالأسفل).

وفي مفتاح الكرامة نقله عن التذكرة والدروس والمسالك والروضة، وذلك لأنه لا تعلق لصاحب العلو بها على أي حال.

ومنه يعلم أن استثناء مفتاح الكرامة عن ذلك بقوله: (إلاّ أن نقول في السكة المرفوعة باشتراك الفضلة بين الجميع، ويؤيده أن العرصة بجملتها يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل)، محل نظر، إذ لا ربط للأعلى بالعرصة بعد أن لم يكن ذا يد عليها، ولذا قال في الجواهر حاكياً عن الدروس: (إن اشتراك الفضلة بعد أن لم يكن لأحد بالخصوص يد عليها ولا ترجيح، بل قد يرتفق الجميع بها، لا يقتضي الحكم بالاشتراك في الفرض بعد أن لم يكن لذي العلو تصرف في العرصة، والإحاطة بمجردها ليست تصرفاً، والحكم بها للأسفل للتصرف وظهور كونها داراً لبيوته لا للإحاطة، ولذا جزم في الروضة في الفرض بكون العرصة للأسفل، كما أنه جزم في الأخير بأنها مع الدهليز للأخير) انتهى.

ثم الظاهر أن العمارات ذات الطوابق التي يحيط بها في أطرافها ساحات أو حدائق، تكون تلك الساحات أو الحدائق لجميع الطوابق لا للطبقة الأخيرة فقط، سواء ارتادها الجميع للتنزه أو الارتفاق أم لا، لأن نسبة تلك الساحات والحدائق إلى جميع الطوابق على نحو واحد، فالكل يستفيدون منها منظراً

أو خروج شباك إليها أو ارتفاقاً بها أو استفادة من أورادها وأزهارها إلى غير ذلك، ومثل الساحات في اشتراك الجميع فيها الجدران المحيطة بتلك الساحات والحدائق.

ومنه يعلم أنه لو كان هناك أقفاص دواجن أو ما أشبه فادعاها كل واحد فهي بينهم على التساوي بعد التحالف أو إتيان كل منهم بالبينة أو الامتناع عن البينة والحلف على حسب القواعد، كما أنهم لو اختلفوا في أشجارها وأزهارها وثمارها فهي بين الجميع أيضاً.

(مسألة ٢٠): قال في القواعد: (والمسناة بين الملكين كالجدار).

وفي مفتاح الكرامة: (لو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض، أو بين أرضيهما أو بين نهريهما، تحالفا وكانت بينهما، لأنها حاجز بين ملكيهما كالحائط بين الملكين، كما صرح به في التذكرة، ونحوه ما في التحرير) انتهى.

وهو على ما ذكروا، لأنه لا أولوية إلاّ إذا كان من أحدهما يد دون الآخر، فإن الحكم يكون لذي اليد ويكون غيره خارجاً فعليه البينة وعلى ذي اليد الحلف.

ومنه يعلم أنه لو كان نهر بين بستانيهما أو أرضيهما أو داريهما أو ما أشبه وتنازعا فيه، فإنه يكون لهما، وإن كان أحد طرفي في النهر أوسع من الطرف الآخر، لأن السعة لا تدل على شيء.

(مسألة ٢١): قال في القواعد: (لا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه، كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجية، أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهادة).

وفي مفتاح الكرامة: (كما في التذكرة والتحرير والدروس، لأنه من باب تحريم الحلال وتحليل الحرام. أما الزوجة فإن كانت زوجته في الواقع لم يجز لها أخذ العوض على ذلك، ولا يصح الصلح، وإلا فإن كانت محرمة عليه فالأمر ظاهر، وإلا فإن أرادت بذل نفسها لا يصح بغير عقد النكاح، ومثله ما لو صالحته ليقر لها بالزوجية، ولو صالحته عن دعوى الزوجية ليكف عنها، ففي التذكرة أن الأقرب الجواز) انتهى.

أقول: حيث تقدم أن الصلح جائز ولو كان الحق ثابتاً لأحد الطرفين، وكلاهما يعلمان بذلك، لم يكن مانع في الصلح مع المرأة أو مع الرجل للاعتراف بالزوجية أو بعدم الزوجية، وكأن هذا الفرع مبني على أن يكون الصلح له طرفان.

ومنه يعلم وجه النظر في الفرع الثاني، أي الصلح مع الشاهد، وإن قال في مفتاح الكرامة: (فأما الشاهد فلأن المشهود به إن كان حقاً لآدمي كالدَين، أو لله سبحانه وتعالى كالزكاة، والشاهد يعرف ذلك لم يجز له أخذ العوض على تركه، كما لا يجوز أخذ العوض على ترك الصلاة، وإن كان كذباً لم يجز له أخذ العوض أيضاً على تركه، كما لا يجوز له أخذ العوض على ترك شرب الخمر، وكذلك لو صالحه ليشهد له، وأما لو صالحه على أن لا يشهد عليه زوراً، فلأن ترك ذلك واجب عليه، كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ولا يغصبه ماله) انتهى.

وقد ذكرنا نحن في بعض مباحث الفقه: أنه يجوز للإنسان أن يستأجر غيره ليصلي مثلاً صلاته الواجبة أو يصوم أو يحج أو ما أشبه، فإن ذلك يجعله مؤكداً، كما يجوز له أن يستأجره للكف عن شرب الخمر والزنا وما أشبه، إذا قلنا بأن متعلق الإجارة يقع مثل الكف، وهكذا إذا جعل له جعالة على مثل ذلك، وناقشنا في قولهم بعدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات.

ثم قال في القواعد: أو عن حد القذف.

وقال في مفتاح الكرامة: (أي لا يصح الصلح، كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد، لأنه ليس من الحقوق المالية، ولا من توابعها، وإنما شرع لتتريه العرض، فلا يجوز أن يعاوض عن عرضه، وفي جامع المقاصد: إنه لو صالح عنه لم يسقط الحد، لأن الباطل لا أثر له، قال: وهو مقرب التذكرة، والموجود فيما عندنا من نسخها أن الأقرب سقوط الحد، ولعله لأنه في حكم العفو فتأمل) انتهى.

لكن يصح أن يصالحه على أن لا يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يحده بعد ما قذفه مثلاً، وكذلك إذا صالحته المرأة المزني بها جبراً أن لا ترفع أمره إلى الحاكم الشرعي، فيما إذا لم يكن يجب عليها رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي، وإلا فيكون من تحليل الحرام وتحريم الحلال.

(مسألة ٢٢): قال في الشرائع: (إذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها، قضي للراكب مع يمينه، وقيل هما سواء في الدعوى، والأول أقوى).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (والراكب أولى من قابض اللجام على رأي): (موافقاً للمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والإيضاح واللمعة، وقد حكم بذلك أكثر هؤلاء، والمصنف في باب القضاء أيضاً من دون تردد، لأن الراكب ـــ كما في المبسوط ـــ أقواهما يداً، وأكثرهما تصرفاً، لكن في الخلاف والسرائر أنها بينهما نصفين، وفي المبسوط أنه أحوط، وفي جامع المقاصد أنه أصح، وفي المسالك أقوى، وفي الروضة قوي، وقال في جامع المقاصد: لكن لابد أن يحلف كل منهما لصاحبه، ولا ترجيح في الدروس) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة هو التنصيف، لأنه لا يرى العرف قوة ليد أحدهما على الأخرى، فكثيراً ما يكون الراكب هو المالك، كما أن كثيراً ما يكون آخذ الزمام هو المالك، وإنما يكون الراكب مستأجراً، فالقول بالتنصيف هو مقتضى القاعدة.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال عند قول الشرائع: (الأول أقوى): (لما ذكرنا من ظهور العرف في كون يد الاختصاص له، خصوصاً مع ملاحظة نظائره باعتراف الخصم، كتنازع لابس الثوب وممسكه، ومن له حمل على الدابة مع من في يده زمامها، وغير ذلك) انتهى، للفرق الواضح بين اللابس والممسك والمقام.

ثم إنه إذا كان على الدابة راكبان، مقدم آخذ باللجام، ومؤخر ردفه، فالظاهر أنهما متساويان في اليد، إلا أن يكون ركوب أحدهما بحيث يرى العرف أنه

ليس بمالك، كما إذا كان راكباً سطحياً، سواء كان المقدم أو المؤخر.

وأولى بالقسمة إذا كان الراكبان بدون لجام بيد أحدهما، أو اللجام بيد كليهما، أو كانا جالسين ردفا إلى جانب، أو إلى جانبين بأن يكون هذا إلى الجانب اليمين وذاك إلى جانب اليسار.

ولو شك في أن أحد المذكورين ذا يد والآخر متطفل، أو أنهما مشتركان فقاعدة العدل التساوي.

ويأتي في المقام ما ذكرناه في بعض المسائل السابقة من الصور الأربع: بأن حلفا، أو تركا، أو أقاما بينة، أو تركا البينة، أما إذا كانت لأحدهما بينة دون الآخر، أو حلف أحدهما دون الآخر، فالحق مع ذي البينة والحالف.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا اختلف السائق للسيارة والراكب فيها على أنها لأيهما، فإنه لا أولوية، إذ كثيراً ما يجلس صاحب السيارة في الخلف أو إلى جانب السائق، والسائق يكون أجيراً عنده أو متبرعاً، وكذلك حال ما إذا اختلف السائق والذي إلى جنبه، حيث إن الغالب أن السائق يأخذ تلميذاً ينوب منابه فيجلس هذا وراء المقود مرة وذلك مرة، وكذلك حال راكب الدراجة البخارية أو غير البخارية مع زميله الذي ركب خلفه أو أمامه، بأن يكون أحدهما هو المحرك والآخر جالس كذلك بدون تحريك.

وكذلك حال ما إذا أخذ أحدهما باللجام ويسوق الآخر، فإنهما متساويان في الاستيلاء على الدابة، أو كانوا ثلاثة راكب وسائق وقائد، ولا حاجة لأن يكون القائد خلف الدابة، بل وكذلك إذا كان إلى أحد جانبيها، لتعارف قيادة الدابة والسائق يسير إلى أحد الجانبين.

وفي قطيع الغنم وقطار الإبل والبقر والجاموس وما أشبه إذا كان قائدان أو سائقان أو قائد وسائق أو قائد ومتوسط أو متوسط وسائق أو ما أشبه ذلك، وادعى كل

واحد الجميع، فإنه يقسم بينهم بالسوية، على ما تقدم من الصور الاربع.

هذا كله إذا لم تكن هناك قرائن توجب الاطمينان بكذب أحدهما، كما إذا كانت الدابة أو السيارة لا تليق بأحدهما، لأنه إنسان عادي فقير لا يركب مثل تلك الدابة أو السيارة، بخلاف الآخر الذي هو ثري من شأنه أمثال ذلك.

ومما ذكر ظهر وجه ما عن غاية المراد من أنه لا شك أن كلاً منهما مدع بتفسيرات المدعي، ومنكر أيضاً بها، ولكل يد إلاّ أن يد الراكب تضاف إلى تصرفه، فإن ثبت أن التصرف له مدخل في الرجحان رجح به، وأما الترجيح بقوة اليد فلا أثر له، لأن قوة سلطان اليد لا تؤثر، وتبعه المحقق الثاني والشهيد الثاني، وقولهم ليس من باب القياس، لأن الثبوت أيضاً يحتاج إلى الدليل، وإنما من باب أن العرف لا يرون لقوة اليد في أمثال المقام أثراً، بعد كون كل منهما ذا يد مما يقضي بالحكم بقاعدة العدل بينهما.

وعلى أي حال، فما حكي عن جامع المقاصد والمسالك والروضة أن اللجام لمن هو في يده والسرج لراكبه، غير ظاهر الوجه، لأن العرف يرى الاثنين من واد واحد، وإن كان أحدهما في يد هذا والآخر في يد ذاك، ولذا أشكل عليهم بأن الحكم غير واضح، لأنه يبعد أن تكون الدابة لرجل واللجام لآخر، وخصوصاً إذا كان المقبوض حبلاً مشدوداً على رأس اللجام، وكذلك الحال في السرج والرحل، وقول المستشكل بأنه يبعد، لا يريد البعد الاستحساني بل البعد عن نظر العرف، فإن ذلك يوجب أن يرى العرف أن كليهما ذو يد على الدابة وعلى أجزائها المختلفة، ولأجل ذلك لا يمكن أن يقال في مثل السيارة أن الجالس في الأمام والجالس في الخلف إذا اختلفا في السيارة أنها

لمن، أن المقدم للجالس مقدماً، والمؤخر للجالس مؤخراً، إذ العرف يرون السيارة شيئاً واحداً.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول العلامة: (وذو الحمل على الدابة أولى من غيره)، وفي مفتاح الكرامة: (بلا خلاف كما في المبسوط، وبهذه العبارة ومثلها من دون تعرض لكون الآخر قابضاً لزمامها ولا لكونه غير قابض، صرح في الباب وباب القضاء المحقق والمصنف والشهيدان والكركي وغيرهم) انتهى.

إذ العرف يرون أن ذا الحمل والقابض بالزمام أو السائق كلهم متساوون، وكذلك السائق والراكب مع الحمل كلهم متساوون في كونهم ذا يد على الدابة، سواء كان ذو الحمل أيضاً قابضاً بالزمام، بأن كان القابض لزمامه نفران، أو كانا سائقين، أو كانا يمشيان في طرفيها، أو كانا راكبين مع كون الحمل لأحدهما، فمثل هذه الترجيحات الاستحسانية لا تتمكن أن تفاوم رؤية العرف أن كليهما ذا يد عليها، وكذلك في السيارة إذا كان أحدهما ذا حمل والآخر سائقاً، فالاستدلال لتقديم ذي الحمل بأن وضع الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء فيترجح صاحبه على غيره، محل تأمل.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول المحقق: (لو تداعيا جملاً ولأحدهما عليه حمل، كان الترجيح لدعواه)، وإن قال في الجواهر: (قطعا ضرورة ظهور وجود الحمل عليه في يد الاستقلال به، بل قد يقال بكونه كذلك لو فرض أن للآخر يداً عليه بقبض الزمام، باعتبار ظهور يد الاختصاص في الحمل كالراكب والقابض فضلاً عما لو كانا معاً قابضين ولأحدهما خاصة الحمل) انتهى.

إذ قد عرفت أن مثل هذه الأمور ليست مرجحة عرفاً، ولعله كان أعرافهم غير عرفنا فنظروا الى أعرافهم فقالوا بما قالوا، أما في عرفنا، وكما هو المشاهد الآن، فليس هنالك ترجيح بالحمل.

كما أنه إذا كان القطيع مثلاً متنازعاً فيه وأحدهما قد جز صوفه أو حلب لبنه أو ما أشبه ذلك، لم يكن ذلك مرجحاً لأن يكون القطيع له، وكذلك إذا كانت الدابة متنازعاً فيها بينهما وقد صبغها أحدهما أو ما أشبه ذلك، فإن كل ذلك استحسانات وليست بمرجحات.

وكذلك الحال إذا كانت دار مورد نزاع بينهما، وقد رممها أحدهما أو صبغها أو جرّ الماء والكهرباء والتلفون وما أشبه إليها، فإن كل ذلك لا يوجب أن يكون ذلك ذا اليد دون الآخر الذي ينازعه، وكلاهما جالسان في الدار أو كلاهما خارجان عنها.

نعم ما ذكره الشرائع وغيره، حيث قال: (أما لو تنازعا ثوباً وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء)، هو مقتضى القاعدة، لوضوح عدم اقتضاء الأكثرية عرفاً الاختصاص.

وفي القواعد: (ويتساويان في الثوب في أيديهما، وإن كان في يد أحدهما أكثره).

وقال في مفتاح الكرامة: (بأن كان في يد أحدهما تسعة أعشار وفي يد الآخر عشر، فإنه يجعل بينهما نصفين، بلا خلاف كما في الدروس، وبه صرح في التذكرة واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها).

ثم الظاهر أنه لو كان أحدهما ممسكاً بالثوب والآخر لابساً له، يكون ذو اليد هو اللابس، لأنه يراه العرف كذلك، وقد علل بزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة، وفي مفتاح الكرامة: (إن كونه للابس قوي جداً)، ومن الواضح تقييد الحكم بما ذكره التذكرة من أن كل ذلك مع عدم البينة واليمين، إذ قد عرفت مجيء الصور الأربع في المقام، لكن إذا لم تكن قرينة توجب

كذب اللابس، كما إذا كان الثوب بقدر الممسك لا اللابس، إلى غير ذلك.

وحال غير الثوب حال الثوب، فإذا تنازعا شاةً أو حماماً أو كتاباً أو فراشاً أو غير ذلك وهو في يدهما، وكان في يد أحدهما الأكثر، لا يحكم بمن في يده الأكثر، وإنما هو لهما.

نعم قد يعد أحدهما ذا يد دون الآخر، كما إذا أخذ الحمام أو الدجاج مثلاً أحدهما في حضنه وكان بيد الآخر منقاره أو ذيله، فإنه لا يعد ذا يد بعد كون الأول معداً في العرف ذا يد عليه، بل يعد هذا الممسك بالمنقار أو الذيل مثل الإنسان الممسك بحلقة الباب ويدعي أن الدار له، في قبال الجالس في الدار المدعي كون الدار له، فإن الممسك بحلقة الباب يعد خارجاً، لا أنهما متساويان.

أما لو ادعى أحد المستولين على السيارة أو الدابة أو الثوب أو ما أشبه النصف، والآخر الكل، فلمدعي النصف الربع، ولمدعي الكل ثلاثة أرباع، على ما سبق مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة.

ثم إنهما لو تنازعا دابة ولأحدهما عليه السرج والجل، أو داراً ولأحدهما فيها الأثاث، وكانا خارجين أو كانا داخلين، لم يكن الأثاث والسرج ونحوهما دليلاً على أحقية ذيهما، ولذا قال في الشرايع: (وكذا هما سواء لو تنازعا عبداً ولأحدهما عليه ثياب)، وفي الجواهر: (مع فرض ثبوت يدهما عليه، لأنه لا مدخلية لزيادة الملك، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالكها أو بالعارية، فهي حينئذ ليست يداً عرفاً، ومن هنا يعلم أنه لو فرض أن لأحدهما خاصة عليه يد، والآخر له ثياب عليه، فالقول حينئذ قول صاحب اليد، كما أنه لو لم يكن لأحدهما خاصة عليه يد إلا الثياب لأحدهما يكون بينهما أيضاً، لما عرفت من عدم كون الثياب يداً لصاحبها) انتهى.

وقوله: (مع فرض ثبوت يدهما عليه) من باب المثال، إذ لا فرق بين

ثبوت يدهما عليه، أو عدم يد لأحدهما عليه، فمقتضى القاعدة أنه لو كان لأحدهما عليه ثياب وللآخر يد أنه لذي اليد، لأن الثياب لا يعد يداً، فهو من قبيل أن تكون دار مورد نزاع بينهما وأحدهما جالس فيها وللآخر فيها أثاث، وكذا لو تنازعا اصطبلاً أو كراجاً أو ما أشبه، ولأحدهما فيه دابة أو سيارة، والآخر مستول عليه، فإن الحق مع المستولي لأنه ذو يد عرفاً.

وقد قال مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (يتساويان في العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب): (بلا خلاف كما في المبسوط، وبه صرح في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقضاء الكتاب وكشف اللثام).

أقول: وهذا يؤيد ما ذكرناه من استواء صاحب الحمل وغيره إذا كان كلاهما ذا يد أو كانا خارجين.

ومنه يعلم أن تعليل مفتاح الكرامة للفرق محل تأمل، قال: (وإن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحبه، بخلاف الحمل على الجمل، فإن صاحبه المنتفع به، ولأن الحمل لا يجوز أن يحمله على الجمل إلاّ بحق، ويجوز أن يجبر العبد على لبس قميص غير مالكه إذا كان عرياناً وبذله) انتهى.

إذ لا يخفى ما في هذا التعليل الأشبه بالاستحسان، فلا يمكن أن يكون فارقاً بين المسألتين بعد رؤية العرف، على ما ذكرناه.

(مسألة ٢٣): قال في الشرائع: (ولو تداعيا غرفة على بيت أحدهما وبابها إلى غرفة الآخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت).

وفي المسالك: لأنها موضوعة في ملكه، لأن هواء بيته ملكه لأنه تابع للقرار، ومجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد ولا الملك، فيقدم صاحب البيت بيمينه، هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرفاً فيها بسكنى أو غيره، وإلا قدم، لأن يده عليها بالذات، لأن التصرف مقتض له، وثبوت يد مالك الهواء بالتبعية ليده التي هي القرار واليد الفعلية أقوى وأولى من التابعة، ويحتمل التساوي حينئذ لثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعدم تأثير قوة اليد كما سلف) انتهى.

وفيه: إن الاحتمال لا وجه له بعد رؤية العرف أن الساكن أو نحوه هو ذو اليد، وكذلك إذا كان سرداب تحت البيت، ولذا قال في الجواهر: (واحتمل التساوي في المسالك، وفي وقواعد الفاضل: ومع التصرف إشكال، وإن كان لا يخفى عليك ما فيه) انتهى.

ومما تقدم يعلم أنه لو تداعيا غرفة متوسطة بين الغرفتين، غرفة أحدهما تحتها وغرفة أحدهما فوقها، فإنه لا أولوية لأحدهما على الغرفة المتوسطة، إذ كلاهما بالنسبة إليها على حد سواء، فمقتضى القاعدة التقسيم، وكذلك الحال إذا كانت غرفة تحت غرفتيهما بأن كانت كل غرفة مثلاً خمسة أذرع، بينما الغرفة التحتانية عشرة أذرع، أو كانت غرفة كذلك فوق غرفتيهما، ولا اعتبار بأن تكون غرفة أحدهما أصغر من غرفة الآخر، مثلاً كانت غرفة أحدهما خمسة أذرع وغرفة الآخر عشرة أذرع، لرؤية العرف استوائهما في ذلك، وكذلك إذا كانت الغرفة الفوقانية أو التحتانية أكثرها على غرفة أحدهما وأقلها على غرفة الآخر.

ولو

كان درجان متقابلان ينتهيان إلى درجة واحدة أحد الدرجين إلى غرفة والدرج الآخر إلى غرفة أخرى، فالظاهر اختصاص كل غرفة بدرجها إلى الحد المشترك، أما المشترك فهو لهما.

(مسألة ٢٤): لو صالح عن القصاص بشيء خاص فظهر مستحقاً، فالظاهر الرجوع إلى القصاص، لأن الصلح لما بطل بقي القصاص على حاله، وكذلك إذا شرط في الصلح شرطاً ولم يعمل الآخر بالشرط وأخذ الشارط بشرطه بأن فسخ الصلح رجع القصاص إلى حاله، ولذا قال في القواعد: (ولو صالح عن القصاص بعبد فظهر مستحقاً أو حراً، فالأقرب الرجوع إلى القصاص) انتهى.

وفي مفتاح الكرامة: كما في الدروس وجامع المقاصد، وهو الأصح، لأنه عقد باطل فلا يترتب عليه سقوط القصاص، لأن سقوطه حينئذ أثر العقد الصحيح، والباطل لا يترتب عليه أثره، لكن ينبغي أن يقال فيما إذا ظهر الشيء (عبداً أو غيره) مستحقاً مما لصاحبه الحق في الفسخ والإمضاء أنه إذا أمضى لم يكن حق في بطلان الصلح ورجوع القصاص كما هو مقتضى القاعدة.

وعلى أي حال، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فيما حكي عن التذكرة من أنه لو ظهر مستحقاً ينتقل إلى القيمة، وفي مفتاح الكرامة: (لعله يريد إلى قيمة العبد لو ظهر مستحقاً، وقيل في الحر لو كان عبداً، لتضمن الصلح إسقاط القصاص على مال فلا يعود القصاص لتعذره، بل ينتقل إلى قيمته) انتهى.

والظاهر أنه محل إشكال، إذ الصلح كان على الشيء الخاص فهو كالبيع لشيء خاص، حيث يظهر مستحقاً ولا يجيز صاحبه، أو كان غير قابل للملك، فإن مقتضى القاعدة بطلان البيع لا الرجوع إلى القيمة.

ومنه يظهر أيضاً وجه النظر فيما عن العلامة وأبي حنيفة أنه إن ظهر العبد مستحقاً انتقل إلى قيمة العبد، وإن ظهر حراً رجع إلى الدية، واحتمل الدية فيهما، لأن المقدر بالتراضي قد فات فيرجع إلى المقدر الشرعي، انتهى.

نعم يصح الانتقال إلى القيمة فيما إذا كان الحجم من باب تعدد المطلوب،

بأن كان الصلح على القيمة ابتداءً، وعلى الحجم ثانياً، حيث إنه إذا بطل أحدهما بقي الارتكاز، كما ذكروا مثله في الوقف والوصية والنذر وما أشبه إذا تعذر العين.

لكن ذلك يحتاج إلى نص خاص من المتصالحين فيما كانت نيتهما ذلك حتى يقع الصلح على المرتكز، لا على العين الخارجية.

أما في مقام الإثبات فلو اختلف المتصالحان على أن الصلح هل وقع على القيمة وإنما العين شيء ثانوي، أو وقع على العين، فمقتضى القاعدة مع من يقول إنه وقع على العين، أما من يدعي أن الصلح وقع على القيمة في نيتهما، فهو بحاجة إلى الدليل، لأنه خلاف ظاهر اللفظ.

(مسألة ٢٥): ذكر المحقق القمي (قدس سره) في جامع الشتات فروعاً نذكرها مجملاً:

(الأول):

لو صالح الزوج والزوجة، أو الأخوان أو أجنبيان، أو سائر الأرحام على أن أيهما مات قبل الآخر يكون أمواله للحي، فالظاهر الصحة، لأنه معاملة عقلائية، فيشمله أدلة الصلح، لكن المحقق القمي فرض المسألة في الزوجين، وقال في الجواب: إن هذه المصالحة لا صورة لها في الشرع.

ومما ذكرنا يعلم صحة الصلح كذلك أيضاً في غير الموت، كما إذا تصالحا على أن أيهما دخل البستان أولاً فعليه سقي البستان، أو على المتأخر سقي البستان، أو إذا تصالحا أن أيهما تأخر عن الجلسة فعليه كذا، إلى غير ذلك من الأمثلة.

والإشكال في أن مثل هذا الصلح مجهول وغرر، ولم يرد مثله في الشرع، وأن الأصل عدم الانعقاد، إلى غير ذلك، غير وجيه، إذ قد عرفت الأجوبة عنها في بعض المسائل السابقة بالمناسبة.

وكذا الحال في الصحة إذا تصالحا أن أيهما مات قبل الآخر، يقوم الآخر بصلواته وصيامه وحجه وما أشبه في قبال أن يكون شيء من مال الميت للحي، وهذا يدخل تحت الصلح، لأن الصلح تحقق قبل الموت، وليس هذا من قبيل الوصية، فإذا كان المال أكثر الثلث أيضاً، لم يكن للورثة نصيب فيه.

ومنه يعلم صحة ما إذا صالح الزوج زوجته: أن الزوج إذا مات قبل الزوجة تكون أرضه أو عمارته للزوجة، وهكذا إذا صالح الأب ولده الأصغر أو بنته أو زوجته أو من أشبه بأنه إذا مات فخاتمه أو سيفه أو فرسه أو مصحفه يكون لذلك المصالح معه.

(الثاني):

لو سال ماء الجار إلى ساحة الجار، أو دخلت أغصان بستانه إلى دار الجار، أو ما أشبه فتداعيا إلى الحاكم الشرعي، فهل أن صاحب الماء والأغصان بحاجة إلى إثبات أنه ليس بعدوان، أو أن صاحب الدار بحاجة إلى إثبات أنه عدوان، الظاهر الأول، لأن صاحب الدار له حق ساحته وهوائه، فدخول الأغصان والماء فيهما يجب أن يكون بإذنه فهو منكر لأن يكون بغير عدوان، بينما أن صاحب الماء والشجر هو المدعي بأنه ليس بعدوان، فهو بحاجة إلى الإثبات.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المحقق القمي، حيث قال عند سؤال: (إذا سال ماء سطح أحد على سطح جاره أو ساحة داره ونازعه الجار، فهل على الجار إثبات عدوان صاحب الماء، أو على صاحب الماء إثبات الحق).

(الجواب: الظاهر أن على الجار إثبات العدوان، وصاحب الماء إذا تمسك باليد والاستمرار فلا يجوز مزاحمته إلا مع إثبات العدوان، وما يخيل أن ملكية سطح الجار وساحته متفق عليه بينهما ومنافع الملك تابع لرقبته، فعلى غير المالك إثبات الاستحقاق، مدفوع بأن العين كما تصير مورداً لليد، فكذلك المنفعة والحق، فلا منافاة بين الملك وثبوت الحق فيه للغير، ونظيره في المسائل الفقهية لا يعد ولا يحصى، ومنها وضع الجذوع على جدار الجار، وهذا من الوضوح بحيث استشكلوا في جواز كونه سبباً لتحمل الشهادة أم لا، فكأن كونه موجباً لثبوت اليد وكون المنازع مدعياً محتاجاً إلى الإثبات مفروغ عنه، فقال الشهيد في أواسط القواعد: لو شاهد ماء الغير يجري على سطح آخر أو في ساحته مدة طويلة بغير منازعة، فهل للشاهد الشهادة بالاستحقاق، الظاهر لا، صرح بذلك أو لا، إلى آخر ما ذكره، وهو نظير ما ذكروه في كتاب

الشهادات أن اليد في الملك هل يصير سبباً لتحمل الشهادة أم لا، ولا ريب أن اليد في الملك مما يحصل الحق لصاحب اليد إلى أن يثبت المدعي خلافه، فافهم ذلك) انتهى.

لكن فيه: إنه إذا قال: من آبائي مثلاً كان يجري هذا الماء، وصدقه صاحب الساحة احتاج صاحب الأرض إلى الدليل، أما إذا قال: بل من زماني، وادعى صاحب الأرض الغصب أو نحو ذلك، كان عليه إثبات حق له في جريان مائه، والفرق أن الشيء الحادث يحتاج إلى الإثبات دون القديم، فكلا صاحب الأرض والماء ورثا حقهما من أبويهما مثلاً، فلا دليل على سبق حق أحدهما، ولذا قال الشهيد في محكي كلامه السابق: (مدة طويلة) فإن أراد المحقق القمي المدة الطويلة التي مثّلنا لها فهو، وإلا فظاهر السؤال حيث تقدم من قوله: إذا سال ماء سطح أحد على سطح جاره أو سطح داره، إلى آخره، ظاهر في الحادث.

وكيف كان، فإذا حدث أحدهما بعد الآخر طولب صاحب الحادث بالبينة، وأما إذا لم يعلم تقارنهما أو حدوث أيهما قبل الآخر، فلا حق لصاحب الأرض على ذاك، وإنما هنا موضع التحالف أو البينتين أو ما أشبه من الصور الأربع المتقدمة في بعض المسائل السابقة.

وكذلك حال الأغصان، فإن علمنا أن بستان الجار كان مقدماً على دار هذا الجار، كان الحق للأغصان، وإذا كانت الدار متقدمة كان الحق مع صاحب الدار، وإن لم نعلم سبق أيهما أو تقارنهما مثلاً فهنا لصاحب الأغصان الحق، كما أن لصاحب الدار إقامة البينة على عدم حقه.

(الثالث):

لو كانت قرى أو بساتين أو دور أو ما أشبه تشرب من نهر يكفي لها بدون زيادة، لم يحق لأحدهم أو لغيرهم الاستفادة من النهر بما يوجب

النقص عليهم، لسبق حقهم.

نعم إذا كان النهر يرفد مثلاً في وقت دون وقت، بما إذا كان رافداً أمكن استفادة تلك القرى والبساتين والدور منه ويزيد الماء عليهم، فإنه يحق لبعضهم أو لغيرهم الاستفادة من ذلك الزائد لأنه زائد لم يسبق إليه أحد، أما في وقت الكفاية فلا يحق لأحدهم أو للغير الاستفادة.

وقد أفتى بأول الفرعين المحقق القمي.

وكذلك الحال إذا بنيت الرحيات والمعامل ونحوه بما يوجب النقص على زملائه، كما لا يحق للأجنبي أن يعمل مثل ذلك، وإذا باع أهل القرية قريتهم، أو أهل البستان أو الدار بستانهم ودارهم، انتقل حق الماء، سواء للشرب ونحوه أو لإدارة المعمل ونحوه، إلى المشترين.

(الرابع):

لو كان حصار لإنسان فيه بيوت وحدائق وأنهر، ثم باع ذلك الإنسان بيتاً منها أو صالح أو وهب أو ما أشبه، فالظاهر أن المرافق في ذلك الحصار تنتقل إلى المشتري بالنسبة لا بالتساوي مع مشتر آخر إذا كان اختلاف بين المبيعين، مثلاً إذا كانت الدار لزيد المشتري ذات ألف ذراع يسكنها حسب العادة عشرة أشخاص، وأخرى اشتراها عمرو ذات خمسة آلاف ذراع يسكنها حسب العادة خمسون، انقسمت الحدائق والأنهر والسكك وما أشبه لصاحب الألف بقدر خمس صاحب خمسة آلاف وهكذا، ومثل ذلك يجري في القرى المتعددة التي تنتفع من ساحة أو غابة أو نهر أو بحيرة أو ما أشبه.

نعم لو كانت القرى أو البيوت في الحصار متساوية ولو تسامحاً بما لا يرى العرف الفرق بينها، وإن كانت بعض الفروق الواقعية بينها، فإن مقتضى القاعدة الانتقال بالتساوي، وقد ألمع إلى شبه هذه المسألة المحقق القمي.

ثم هل العبرة بالفعلية أو الشأنية باستحقاق المرافق، مثلاً داران كل واحدة ألف ذراع، لكن

في إحداهما خمس غرف يسكنها حسب العادة عشرة أشخاص، وفي الأخرى غرفتان يسكنهما أربعة أشخاص، فهل العبرة بالألف حتى يتساويان أو بالغرف حتى يختلفان، احتمالان، من الفعلية، ومن أن صاحب الغرفتين يبني فيها حسب العادة المتعارفة ثلاثاً أخر فهما متساويان في المرافق من الآن.

والظاهر أن العرف يرون التساوي لا الاختلاف، لأنهم لا يرون العبرة بالفعلية، وإنما بالشأنية، ولذا نرى العرف يحسبون في سعة الشوارع وعدد المصابيح الكهربائية وسمك أنابيب الماء وصنع المطارات والمحطات والكراجات وما أشبه الشأنية لا الفعلية، فإذا كان احتياج البلد في الحال الحاضر إلى شارع عرضه عشرة أذرع، أما إلى عشرين سنة بعد ذلك فيزيد عدد أهل البلد إلى ما يحتاج في شارعه إلى خمسين ذراعاً مثلاً، يجعلون الشارع على خمسين ذراعاً، لا على عشرة، إلى غير ذلك من الأمثلة.

نعم لو شك في استحقاق التساوي أو التفاوت، كان مقتضى القاعدة إجراء قاعدة العدل، مما تكون النتيجة النسبة والتفاوت على تأمل.

(الخامس):

الظاهر صحة الوقف بحيث يوجب الوقف تعطيل وقف سابق، كما إذا وقف مسجداً كبيراً يرتاده المصلون يسبب تعطيل المسجد السابق لضيقه أو كونه في مكان ناء أو ما أشبه ذلك، كما أفتى به المحقق القمي في شبه المسألة.

وإذا تعطل الوقف السابق عمل به مثل ما يعمل بكل وقف متعطل لا فائدة فيه، ومثله ما لو باع قريته للكفار حيث يتعطل مسجده تلقائياً، إلى غير ذلك.

وليس الحكم خاصاً بالمسجد، بل وكذلك الحسينية والمدرسة والأوقاف الخاصة للبطون، إلى غير ذلك، لوحدة الملاك في الجميع.

ثم إنه إذا تعدى الوقف على الجار، كما إذا كان بستان موقوفة فسبب أغصان الأشجار تصدع دار الجار

فإن كان المتولي من حاكم أو غيره سبباً، مما يسند التصديع إليه يكون ضامناً، لقاعدة «من أتلف مال الغير» وغيرها، أما إذا لم يكن المتولي سبباً، فإذا كان للموقوفة وارد لم يستبعد أن يكون الضمان على الوارد، كما إذا سبب أشجار المسجد تصدع دار الجار حيث كان له موقوفة، فإن المتولي يعطي من الموقوفة، حيث إن مثل ذلك من شؤون الوقف إذا كانت الموقوفة بحيث يشمل مثل هذه الأمور، وإلا فهل يعطى من بيت المال لأنه من مصالح المسلمين، أو لا يعطى وليس لذلك الإنسان شيء، فهو كما إذا تعدت الرياح على حائط الإنسان فصدعته أو أسقطته، وكذلك فيما إذا لم يكن للمسجد موقوفة مثلاً، حيث يحتمل أن يكون على بيت المال، ويحتمل أن يكون هدراً، احتمالان، وعدم كونه من بيت المال أقرب.

(السادس):

لو كان لدار معبران، فباع مالك الدار الدار باستثناء غرفة قريبة من أحد المعبرين، أو وهب أو صالح أو ما أشبه ذلك، وكان يتردد إلى غرفته من كلا المعبرين بعد البيع، ثم باع الغرفة الثانية أو وهب أو صالح أو ما أشبه، فهل للمشتري الثاني أن يمر من المعبر البعيد، كما كان يعبر منه المالك أم لا، الظاهر العدم، لأن البيع الأول كان بالمرافق والتي من جملتها المعبران باستثناء قدر معبر للغرفة الثانية من الباب القريب إليها، فإن المرفق للغرفة الثانية هو المعبر من الباب القريب لا الباب البعيد، ومسامحة المشتري الأول في مرور صاحب الدار من المعبر البعيد لم يكن لأجل حق له في المعبر، ولذا يكون للمشتري الأول أن يمنع صاحب الدار من العبور، فإن كل مبيع إنما يباع مع مرافقه، والمعبران من المرافق للدار باستثناء غرفة، كما أن المعبر القريب من مرافق الغرفة القريبة من ذلك المعبر.

وقد أشار إلى ذلك المحقق القمي، ثم

أشار إلى أنه لا يلزم أن يكون مرافق الكل مرافق الجزء أيضاً، ولذا إذا باع البئر في الدار لم يكن من مرافق البئر مطرح الثلج، ومحل النفايات خارج الدار، وهو كما ذكره.

كما أنه لو باع السرداب مثلاً لم يكن مطرح الثلج من مرافقه، وإن كان محل النفايات من مرافقه، لأن السرداب غير مرتبط بالسطح المرتبط بمطرح الثلج، بينما السرداب يكنس فيحتاج إلى محل النفايات.

نعم إذا كان كلا المعبرين يعدان عرفاً من مرافق الغرفة، كان لصاحبها الحق فيهما، ومنه يعلم أشباه هذه المسألة.

(السابع):

تصرفات إنسان في ملك إنسان آخر بالعبور ونصب الميزاب وإجراء الماء وطرح التراب أو الثلج أو ما أشبه على أربعة أقسام:

فقد يسبق الملك على هذه الأمور، وقد يسبق هذه الأمور على الملك، وقد يتقارنان، وقد لا يعلم السابق.

ففيما إذا سبق أحدهما يكون الحق له، وفيما إذا تقارنا يكون الحق للذي له العبور ونصب الميزاب وما أشبه، لأنه لا أولوية لصاحب الملك على هذه الأمور بعد تقارنهما في المباح مثلاً، أما إذا لم يعلم السابق منهما فمقتضى القاعدة حق صاحب العبور، لأن كلا منهما ذو يد إلاّ أن يقيم المالك البينة، وقد أفتى بذلك في الجملة المحقق القمي، كما تقدم نظيره في بعض المسائل السابقة.

(الثامن):

إذا كان لإنسان غرفة على غرفة إنسان آخر أو على سردابه أو على دكانه أو ما أشبه، فانهدمت الغرفة مما سبب هدم السرداب ونحوه، فالظاهر أنه لا يضمن إذا لم يكن مقصراً، كما ألمع إليه المحقق القمي، إذ الأصل عدم الضمان، ولا دليل على الضمان مع عدم التقصير، وقد ذكرنا مثل هذه المسألة في كتاب الديات في باب سقوط الميزاب، أو الجدار على رأس

إنسان، أو على شيء مما سبب تلفه.

نعم إذا كان مقصراً كان مقتضى القاعدة الضمان، وذلك لأنه السبب مع التقصير، بخلاف ما إذا لم يكن مقصراً، ومما يؤيد ذلك لأنه شبيه به، مسألة ما إذا عقر كلب إنسان إنساناً آخر، حيث ورد أنه إذا دعى ذلك الإنسان كان ضامناً، وأما إذا لم يدعه لم يكن ضامناً، وكذلك إذا سقط في بئره، إلى غير ذلك مما فصلناه هناك.

(التاسع):

إذا كان العقد مرفوعاً لم يحق لبعض الجيران أن يطرح قمامته في محل غير معد للقمامة مما يكون مشتركاً بين أهل العقد بدون رضاهم، لأنه من التصرف في الحق المشترك، وقد تقدم الكلام في بعض شؤون العقد المرفوعة، أما إذا تعارف أن يطرح كل واحد منهم قمامته أمام داره، أو في سائر مواضع العقد، فلا حق لبعضهم في منع بعض بينما الكل يستفيدون من طرح القمامة في مثل هذا العقد، فهو كالملك المشترك الذي الكل يتصرفون فيه على حد سواء، حيث لا يحق لأحدهم منع آخر.

كما أن الحال كذلك بالنسبة إلى طرح الثلج في أيام الشتاء في العقود، كما هو متعارف الآن في البلاد التي ينزل فيها الثلج، وكذلك الحال في طرح مياه الدار في العقد.

وإلى بعض ذلك أشار المحقق القمي.

ولا يلزم من حق التصرف أن يكون الجميع يتصرفون في كل يوم، وإنما إذا تصرف الجميع حسب الاحتياج كان للجميع أن يتصرفوا كذلك كما في مثل البناء، حيث يتصرف كل واحد في العقد عند بنائه داره أو ترميمه إياها بجعل وسائط البناء في العقد حسب المتعارف، أما الخارج عن المتعارف فلا يحق لأحد منهم أن يعمل إلاّ بإذن سائر الشركاء.

أما العقد غير المرفوعة فالمعيار حرمة ما كان منافياً لطريق المسلمين، أو أذية

لهم، وما عدا ذلك فهو حق الجميع، وقد ذكرنا في كتاب إحياء الموات، كما ألمعنا هنا أيضاً إلى أن الأذية المتعارفة لا بأس بها، كطرح الثلج مثلاً أو الكنس الموجب لتأذي المارة بالغبار، إلى غير ذلك من الأمثلة.

(العاشر):

لو تقوت عمارة الإنسان بعمارة الجار بما إذا لم تكن عمارة الجار لم يتمكن من بناء طابق أو رفع حائط أو ما أشبه، لم يكن به بأس، لا لأن عمارة الجار أيضاً تتقوى بعمارة الإنسان، فيكون من التهاتر القهري، إذ لا يلزم ذلك دائماً، كما إذا كانت عمارة الجار من الإسمنت المسلح وعمارته من الطين، بل لأن ذلك لا يعد حقا عرفاً حتى يكون للجار حق على صاحب العمارة الطينية فيمنعه عن بناء فوق طابقه، أو ترفيع حائط أو ما أشبه.

كما أن تحفظ عمارة الإنسان بسبب عمارة الجار عن الهواء ونحوها لا يسبب حقاً للجار على الإنسان، كما إذا كانت عمارته واهية بحيث لولا عمارة الجار لعصف بها الأرياح، أما عمارة الجار فلقوتها تقف صداً دون العصف بعمارته، وكذلك إذا كان عمارة الجار في مسير السيل بحيث لولاها لأودى السيل بعمارته، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومنه يعلم الحال فيما إذا ضعفت عمارة الجار بسبب هدم الجار داره، كما يعلم وجه عدم الإشكال في ضعف المعنويات أو قوة المعنويات لدار الإنسان بسبب دار جاره، كما إذا صارت دار الجار محلا للأمن حيث تقوى المعنويات، أو صارت محلا خطراً حيث تضعف المعنويات.

(الحادي عشر):

لو صالحه عن شيء بمائة دينار مثلاً، فصار عند التسليم الدينار على الضعف أو على النصف، للتضخّم أو التنزل، فإن كان المقصود المنصب عليه العقد الحجم لم يضر في ذلك أي منهما، وإن كان المقصود القوة

الشرائية، فالظاهر لزوم إعطاء ما قيمته بقدر مائة في القوة الشرائية، فيعطية مائتين أو خمسين، كما قد سبق أمثلة لذلك في مختلف أبواب الفقه، وفصلنا بعض التفصيل لذلك في كتاب الاقتصاد، وكتاب الغصب.

وكذلك الحال فيما إذا لم تكن المصالحة بالنقد، وإنما بالشاة والكتاب والدار ونحوها، إذ لا يختلف الحكم بين الأمور المذكورة في وحدة الملاك في الجميع.

(الثاني عشر):

أشكل المحقق القمي فيما إذا أعطى الإنسان مالاً لولده مثلاً مصالحة، ليؤدي عنه الصلاة أو الصيام أو الحج أو ما أشبه بعد موته، نعم لم يشكل فيما إذا قال: صالحت معك هذا المال بمبلغ كذا، وشرطت عليك أن إذا مت قبلك أن تقضي عني كذا صلاةً أو صوماً.

وفيه: أن لا وجه للإشكال، فإن المعطي يعطي مالاً والآخذ يعطيه عملاً مستقبلاً، وتقع المصالحة بين الأمرين، فهو كما إذا أعطاه ديناراً صلحاً ليخيط له الثوب في المستقبل، وإذا مات الولد أو الخياط مثلاً قبل الأب والمستأجر فإن كان الشخص مقصوداً على نحو التقييد بطل، وإن كان على نحو الشرط كان له الإبقاء، ويؤخذ من مالهما بقدر الأجرة، كما أن له الفسخ، وحيث قد عرفت في المسائل السابقة أن الصلح أصل فلا حاجة إلى توفر سائر الشروط المقررة للإجارة والبيع وما أشبه فيه.

وكيف كان، فيشمل مثل هذه المصالحة أدلة الصلح.

ومنه يعلم صحة الصلح مع إنسان على أن يؤدي دينه بعد وفاته إذا لم يستلزم الغرر، وكذلك الصلح على أن يجهزه، إلى غير ذلك من الأمور، ويصلح لمعلم الحج بأن يصالح مع الحجاج على أن يحج بهم بمبلغ كذا، فيأخذ منهم مبلغاً خاصاً ليكون قيماً لشؤونهم ومصارفهم.

(الثالث عشر):

لو ادعى على إنسان الصلح وأنكر، لكنه لم يتمكن من

إثبات إنكاره لشهود ونحوها على صحة الصلح، حق له إذا كان محقاً في إنكاره أن يبطل الصلح بوجه آخر، كخيار الشرط والغبن والعيب وما أشبه، كما أنه يحق له التقاص إذا كان من مورده، وقد أشار إلى ذلك المحقق القمي.

وإذا صالح لكن الطرف ينكر الصلح حق له ترتيب آثار الصلح، مثلاً صالح عن كتابه بقلم، فأنكر صاحب القلم الصلح، فإنه يجوز له أن يأخذ الكتاب تقاصاً، وإذا كانت قيمة الكتاب أقل من قيمة القلم حق له أخذ التفاوت أيضاً من ماله من باب التقاص.

والحاصل: إنه يرتب أثر الواقع في كلا الفرعين، نعم إذا كان هنالك مانع عن ترتيب الأثر كالحلف الذي يذهب بالحق على ما قرر في كتاب القضاء، لم يتمكن من ترتيب آثار الواقع، فذلك لدليل ثانوي.

(الرابع عشر):

لو رأى الإنسان ورقة صلح أو غيره شهد عليها جملة من الشهود العوام أو العلماء، ولا يعلم هل أن العوام عدول أو لا، وهل أن العلماء الذين هم عدول شهدوا شهادة فرع أو شهادة أصل، أو علم أن العلماء شهدوا شهادة فرع، لكنه لا يعلم عدالة شهود الأصل، فإن كان هناك مدع للبطلان لزم التحقيق حول الأمر، وإلا حمل على أن الشهود عدول، لأصل الصحة، وأن شهادة العلماء شهادة أصل لا شهادة فرع، لأن شهادة الفرع خلاف الأصل، بل يمكن ادعاء السيرة على ما ذكرناه في الأوراق القديمة التي لا يعرف الحال فيها، وإن كانت المسألة بعد بحاجة إلى نوع من التأمل، وقد أشار إليها المحقق القمي وأفتى بخلاف ما ذكرناه.

(الخامس عشر):

لو صالح عن دار مثلاً لها أربع غرف بمقدار أربعة دنانير، ثم لما تسلم الدار رأى أن في الدار ثلاث غرف لا أربع، فالظاهر

أن له خيار تبعض الصفقة، كما أن له أن يأخذ الثلاث غرف بمقدارها من المال، مثلاً إذا كانت كل غرفة في قبال دينار كان له أن يعطي ثلاثة دنانير في قبال الثلاث الغرف.

وكذلك الحال بالنسبة إلى الزمان، فإذا صالح عن سكنى دار لمدة خمس سنوات بخمسة دنانير، ثم إن الدار انهدمت في السنة الخامسة، فله أن يسترجع ديناراً من الدنانير الخمسة، كما أن له أن يبطل الصلح لتبعض الصفقة ويكون عليه أجرة المثل.

وقد أشار إلى ذلك المحقق القمي، ونقل عن العلامة أنه قال في التذكرة: لو صالح على سكنى دار أو خدمة عبد ونحوه من المنافع المتعلقة بالأعيان صح بشرط ضبط المدة، ولا يكون ذلك إجارة، بل عقداً مستقلاً لنفسه، خلافاً للشافعي، فإن تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخ الصلح ورجع بما صالح عنه، وإن تلفت بعد استيفاء بعض انفسخ فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي، انتهى.

ثم إنه لا فرق بين نقص كلا طرفي الصلح أو نقص طرف واحد، فإن كان النقص في كلا الطرفين كان لكل منهما خيار الفسخ، وإن كان النقص في طرف واحد كان للطرف الكامل خيار الفسخ.

(السادس عشر):

لو صالح الإنسان عن كل أمواله عند موته لزيد في قبال أن يقوم زيد بعد موته بنفقة عياله مثلاً مدة عشر سنوات صح الصلح، على ما تقدم في بعض الفروع السابقة، لكن لزيد فسخ الصلح إذا اختلف ماله في حال الصلح عن ماله في حال الموت بأن تصرف في أمواله حتى لم يبق منها ما يكون كفاءاً لذلك العمل، إذا كان مبنى الصلح على المقابلة بين المال

والعمل الذي يقوم به المصالح معه بعد موته.

كما أنه إذا كان له مال قليل وأجرى الصلح على ذلك فأثرى، فإن للمصالح أن يبطل الصلح، اللهم إلاّ إذا كان الصلح بحيث إن المراد به هو المال القليل، سواء أثرى أو لم يثر، فإنه يبقى الصلح لازماً، ويكون للمصالح معه بمقدار ذلك المال القليل، أما الزائد فيكون لورثة الميت، لكن لا يخفى لزوم أن لا يكون الصلح غررياً.

(السابع عشر):

إذا صالح الزوج زوجته عن مهرها بمقدار كذا صح، فإن طلق قبل الدخول كان لها نصف المبلغ إذا رضيا، وإلا كان لكل واحد منهما فسخ الصلح والرجوع إلى نصف المهر لتبعض الصفقة، وإذا حصل فسخ في العقد بما لا مهر، انفسخ الصلح لبطلان طرف منه.

وكذلك إذا تصالحا عن مهر المتعة، ثم لم تأت الزوجة في بعض المدة بما سبب النقص في مهرها، أو لم تأت في كل المدة بما سبب سقوط مهرها.

وهكذا الحال إذا تصالح الزوجان عن نفقة الزوجة، ثم إن الزوجة طلقت بما لا نفقة لها كلاً أو بعضاً أو نشزت.

(الثامن عشر):

لو كانت قلعة فيها دور فابتاع داراً منها إنسان من صاحب القلعة، ثم ابتاع وراء القلعة داراً أو صنع داراً، ويريد الوصل بين الدارين لم يكن لصاحب القلعة المنع عن ذلك.

نعم يصح لصاحب القلعة المنع عن أن يأتي سكان الجدار الجديدة من باب الدار الواقعة في داخل القلعة، لأن مقتضى القاعدة أن المشتري للدار في القلعة إنما له حق العبور والمرور من القلعة بمقدار عائلة الدار لا بمقدار عائلة أخرى في دار أخرى، نعم إذا أسكن بعض أولاده في الدار الثانية، أو تزوج

زوجة ثانية أو ما أشبه مما يعد من توابع هذا الإنسان، حيث إنه إذا لم تكن هذه الدار الثانية كان يسكنهم في الدار الأولى، لم يكن بذلك منع، ولا حق لمنع صاحب القلعة من عبور ومرور أولئك التوابع الساكنين في الدار الثانية من باب الدار الأولى في معابر القلعة، وقد أشار إلى ذلك المحقق القمي كما سبق مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة.

(التاسع عشر):

لو كان لإنسان دار وحديقة، باب تلك الحديقة من هذه الدار حيث لا باب آخر لها، لأنها محفوفة بدور الجيران، فباع هذا الإنسان داره دون حديقته وسكن الحديقة، بقي حقه في العبور من الدار، لكن ذلك إذا كان المشتري ملتفتاً إلى هذا الشيء، وإن لم يكن ملتفتاً كان له حق الفسخ، لأن مثل هذه الدار تعد في العرف ناقصة، حيث إن فيها المعبر.

وقد أشار إلى ذلك المحقق القمي، إلاّ أنه أطلق حق عبور صاحب الدار السابق من الدار مع أن مقتضى القاعدة ما ذكرناه من التقييد.

ولو اختلفا في أن المشتري هل كان ملتفتاً إلى هذا الشيء أم لا، كان الأصل مع المشتري المدعي لعدم الالتفات، منتهى الأمر أن للبائع إذا لم يكن له بينة حق الحلف عليه حسب موازين الدعوى، وكذلك إذا اختلفا بأن قال المشتري: لم أكن أعلم أنك سكنت الحديقة وتمر كل يوم من الدار، وإنما ظننت أن الحديقة للثمار، وإنما أنت تدخلها وتخرجها بين حين وآخر، كما يدخل الإنسان بستانه أحياناً، لا أنه يسكنه دائماً، فإن الحق مع المشتري مع حلفه.

(العشرون):

تصح مصالحات متعددة بصيغة أو بصيغ، كما إذا ورث أربعة أولاد من أبيهم أربع دور لا يعلمون قيمها إلاّ أنها متقاربة مثلاً بالقيمة، فيقول أحدهم مع رضا الآخرين: صالحنا على أن تكون الدار الشرقية لزيد، والغربية

لعمرو، والجنوبية لبكر والشمالية لخالد، فيقولون: قبلنا، فإنه يصح الصلح بين الجميع وينتقل حق كل واحد في دار الآخر إلى الآخر في قبال انتقال حق الآخر إليه.

بل وكذا يصح الصلح إذا كان معهم زوجة، والزوجة لا ترث من الأرض ولا من عين العمارة، فإذا كانت لزيد دور خمسة فيصالحون على أن تكون تلك الدور كل واحدة منها لأحد الورثة الخمسة الزوجة والأولاد الأربعة، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وصورة تعدد عقد الصلح بينهم واضحة فلا حاجة إلى ذكرها، وكذلك الحال إذا كان في أملاك الأب الحبوة كالخاتم والمصحف والسيف وما أشبه، فيوزعون أموال الأب أربعة أقسام، ويجرون صيغة الصلح بين الأولاد الأربعة أو مع الزوجة أيضاً حتى يكون مثلاً نصيب الزوجة أو بعض البنات أو بعض الأولاد الصغار من الحبوة شيئاً أيضاً.

ولا فرق في كل ذلك بين أن يعلموا حق كل واحد منهم، مثل أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين، أو أن الزوجة ترث الثمن مثلاً، أو أن لا يعلموا، إذا رضوا بذلك ولم يكن من الغرر، إذ لا حاجة إلى العلم بخصوصيات حق الإنسان في صحة الصلح، على ما تقدم من السعة في الصلح مما ليست في غيرها من المعاملات.

(الواحد والعشرون):

إذا كان في يد إنسان دار يعلم بأنها ليست ملكاً لآبائه، وإنما كانوا يتصرفون فيها، فله استصحاب حق التصرف، إذ تصرفهم بمقتضى أصل الصحة يكشف عن حقهم في السكنى، وعليه يصح بيع سكناها لغيره كما يصح صلحه، والمسألة مع أنها على القاعدة فيها رواية خاصة رواها الشيخ بسنده إلى إسحاق بن عمار، عن عبد صالح (عليه السلام)، عن رجل لم يزل في يده وفي يد آبائه دار، وقد علم أنها ليست لهم، ولا يظن مجيء صاحبها، قال (عليه السلام): «ما أحب أن يبيع

ما ليس له، ويجوز أن يبيع سكناه»[1].

وقول بعضهم إن هذه الرواية مخالفة للأصل من وجهين:

الأول: تضمنها بيع السكنى وهو منفعة، والبيع إنما شرع لنقل الأعيان لا لنقل المنافع.

الثاني: إن المتصرف فيها اعترف أنها ليست له، فكيف صح له التصرف فيها ببيع السكنى.

فيه: ما لا يخفى، إذ قد ذكرنا في كتاب البيع أن بيع المنفعة أيضاً صحيح، كما أن المتصرف وإن اعترف أنّها ليست له ملكاً، لكن مقتضى الاستصحاب صحة السكنى، وأن السكنى له حسب الإرث، لأن ما تركه الميت من حق فلوارثه، فيصح له البيع أو الصلح أو الهبة أو ما أشبه.

(الثاني والعشرون):

لا يلزم في الصلح العلم بأن الحق لأحدهما، بل يصح الصلح حتى مع العلم بأن الحق ليس لأحدهما، كما إذا مات إنسان وورثه إنسان لكن ذلك الإنسان الوارث اشتبه بين نفرين لا يعلم أن زيداً ولد الميت أو عمرواً، فإن الإرث يوزع بينهما على التنصيف حسب قاعدة العدل، وعليه وإن لم يكن في الواقع المال إلاّ لأحدهما إلاّ أنه حيث كان الظاهر أنه لهما يصح صلحهما، كما إذا ورثا دارين مختلفين في الخصوصيات والقيمة مثلاً فيتصالحان على أن تكون إحدى الدارين لهذا، وإحدى الدارين لذلك، وكذلك فيما أشبه من موارد قاعدة العدل.

(الثالث والعشرون):

لو طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً، ثم تصالحا على أن يكون المهر ونفقة العدة أو أحدهما أو بعضاً منهما أو من أحدهما أو شيء آخر للزوج في قبال عدم الرجوع، فالظاهر صحة الصلح المذكور، كما ألمع اليه المحقق القمي لشمول أدلة الصلح له، والظاهر أن العقد يقتضي الوضع

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٥٠ ح٥ الباب ١ من كتاب التجارة.

كالشرط، فلا يتمكن من الرجوع.

وقد كان الوالد (رحمه الله) يفتي بأنه إذا شرطت المرأة على الرجل أن لا يتزوج عليها، فمقتضى الشرط أنه إذا تزوّج عليها بطل الزواج، فإن العرف يفهمون من ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] و«المؤمنون عند شروطهم»[2] أنهم لا يتمكنون أن يبارحوهما، نعم إذا شرط أو عقد أن لا يكون له رجوع حكماً شرعياً بطل، لأن الحكم الشرعي ليس بيد الإنسان، ودليل الشرط والعقد ليس مشرعاً، كما فصل ذلك الشيخ المرتضى (رحمه الله) في المكاسب.

ومنه يعرف حال ما إذا جعلت عدم الرجوع شرطاً في ضمن عقد لازم آخر.

وهكذا حال المختلعة إذا صالح الزوج معها على أن لا ترجع في البذل.

ومنه يعلم الحال فيما إذا تصالح الجانبان على أن لا يكون لمن له الخيار ــ أيّ خيار كان ــ أن يأخذ بخياره، أو صالح الرجل المرأة على أن لا يكون لها حق القسم، أو حق الدخول في كل أربعة أشهر مرة، أو ما أشبه ذلك، مما لا يكون محلّلا للحرام، أو محرماً للحلال، أو منافياً لمقتضى العقد، فإن منافي مقتضى العقد كما لا يصح في داخله كذلك لا يصح بشرط أو عقد خارج، كصلح أن لا تكون الزوجة محرماً للزوج، أو أن لا يكون المملوك ملكاً للمالك، أو ما أشبه ذلك، وتفصيل الكلام في باب الشرط.

(الرابع والعشرون):

إذا كان زيد وعمرو شريكين في معاملة مضاربة أو ما أشبه، وبعض أموالهما نقد وبعضها نسيئة، وبعضها عندهم وبعضها عند الناس، أو بعضها في هذا البلد وبعضها في بلد آخر، إلى غير ذلك من صور التفريق، فتصالحا على أن يكون قسم لهذا الشريك وقسم لذلك الشريك، مثلاً الديون لهذا

---

(١) سورة المائدة: آية ١.

(٢) الاستبصار: ج٣ ص٢٣٢ ح٤، التهذيب: ج١ ص٣١١ ح٦٦.

الشريك، والأعيان والنقود للشريك الآخر، أو ما في هذا البلد لهذا الشريك، وما في سائر البلاد للشريك الآخر، أو ما كان من قبيل النقود لهذا الشريك، وما كان من قبيل البضائع والأجناس للشريك الآخر، صح هذا الصلح، لإطلاق أدلته، بشرط أن لا يكون غرر، وإلى ما ذكرناه ألمع المحقق القمي (رحمه الله).

نعم شرط المحقق القمي أن لا يستلزم الربا، على أصله من دخول الربا في مطلق المعاملات، وليس خاصاً في البيع، أما نحن فحيث استظهرنا عدم دخول الربا في مثل الصلح على ما تقدمت الإشارة إليه فلا مانع حتى من استلزامه الربا، ومحل تفصيل الكلام في الربا في كتاب المكاسب.

(الخامس والعشرون):

الظاهر صحة الصلح بين نفرين بأن يؤدي هذا خمس ذك، وذاك خمس هذا، أو يؤدي هذا نفقة زوجة ذاك وبالعكس، وكذلك في الزكاة، وهكذا في الأمور الأخر المالية التي على الإنسان.

وهكذا بالنسبة إلى اختلاف ما عليهما، كأن يؤدي هذا خمس ذاك ويؤدي ذاك نفقة زوجة هذا أو نفقة واجبي النفقة له، إلى غير ذلك من الأمثلة.

كما يصح الصلح على أن يؤدي هذا خمس ذاك، ويعمل ذلك لهذا خياطة أو كتابة أو نجارة أو بناءً أو ما أشبه.

وهكذا يصح الصلح بين نفرين على عمليهما، كأن يعمل هذا نجارة بيت ذاك، ويعمل ذاك حدادة بيت هذا، إلى سائر الأمثلة، وذلك لإطلاق أدلة الصلح الشاملة لكل هذه الأمور إذا لم يكن غرر.

(السادس والعشرون):

هل يصح صلح وارثين لمورّثين قبل موت مورثيهما، بأن يتصالحا أن ما يصيبه من الإرث لذاك، وأن ما يصيب ذاك من الإرث لهذا، أو لا يصح؟ احتمالان، وجه الصحة إطلاق الأدلة، ووجه العدم أنه ليس شيء

يملكانه الآن حتى يتصالحا عليه، لكن لا يبعد الأول، لأنه مشمول للأدلة بعد أن الإنسان يملك هذا الشيء عرفاً، فهو كالصلح على أن يكون ما ينتجه زيد لعمرو، وما ينتجه عمرو لزيد.

وإذا صح هذا صح أن يتصالح زيد مع عمرو بإعطائه مثلاً ألف دينار في قبال أنه ما سيرثه من أبيه يكون لزيد المعطي للألف، كل ذلك بشرط عدم الغرر، وسائر الأدلة التي ذكرناها في أول كتاب الصلح، فتأمل.

(السابع والعشرون):

الظاهر صحة صلح الزوجة مع الزوج بأن تعطيه صداقها على شرط أن تكون ساكنة بالدار ومتصرفه في أموال الزوج بقدر نفقتها ما دامت هي حية بعد موت الزوج، إذا لم يكن ذلك بحيث يستلزم جهالة وغرراً ينافيان مقتضى الصلح، لإطلاق أدلة الصلح.

وقد ألمع إلى ذلك المحقق القمي، لكنه أشكل في مثل هذا الصلح للجهالة التي تنافي الصلح، لكنك قد عرفت أن مقتضى القاعدة التفصيل.

وعلى فرض الصحة لو كانت النفقة أكثر من الثلث لم يضر ذلك ولم يحتج إلى إجازة الورثة، لأن النفقة إنما لزمت للزوجة بسبب المصالحة التي هي معاملة في حالة الحياة، وليست من قبيل الوصية التي لا يمكن فيها التعدي عن الثلث، وإذا كانت المصالحة على أن تستفيد الزوجة مثلاً من خاتم الزوج أو مصحفه أو دابته أو ما أشبه مما هي من الحبوة تقدم حقها على حق الحبوة.

نعم إذا ماتت وبقيت تلك الأعيان رجعت حبوة، فهو مثل إجارة الإنسان دابته أو خاتمه أو مصحفه مثلاً ــ إذا قلنا بصحة إجارة المصحف ــ مدة مديدة تشمل ما بعد موته أيضاً، حيث إن حق الحبوة يتأخر عن حق الإجارة.

(الثامن والعشرون):

لو صالح مالك مع فضول عن إنسان بشيء، مثلاً صالح

المالك داره مع بستان عمرو الفضول قبل هذا العقد، ثم مات المالك وجاء صاحب البستان وأمضى المعاملة الفضولية، فالظاهر صحة المعاملة المذكورة، إذ لا يشترط في الفضولي إمضاء الأصيل في حال حياة ذلك الإنسان الذي كان أصيلاً حين المعاملة، وكذلك حال البيع والإجارة والرهن وغيرها.

وعلى هذا يتوقف إرث الزوجة والولد الأكبر للحبوة ببطلان الفضولي بعدم إجازة المالك الأصيل وإجازته، فربما توجب الإجازة الإرث دون الرد، وربما يكون العكس، مثلاً إذا كانت في طرف الميت الأصيل الأرض، وفي طرف الفضول المال، فإن أجيز العقد ورثه الزوجة لأن الزوجة ترث من المال، وإن لم يجز العقد لم ترث الزوجة لأن الزوجة لا ترث من الأرض.

ومنه يعرف حكم العكس، وحكم الحبوة في الجانبين.

وإلى شبه هذه المسألة أشار المحقق القمي، فيما إذا صالح الأب مالاً مع ولديه، وكان أحد الولدين حاضراً، وكان الآخر غائباً، فقبل الحاضر عن نفسه أصالة وعن الآخر فضولة.

(التاسع والعشرون):

لو صالح إنسان ماله مع مال إنسان آخر مثلاً، وبعد انتهاء الصلح ادعى المصالح أن المال لم يكن له، وإنما هو غصب مثلاً، لم يقبل كلامه في غصبية المال، لأن مقتضى أصالة الصحة أن الصلح وقع في موقعه.

وقد ذكرنا مثل هذه المسألة في مختلف الأبواب، كما إذا زوجت المرأة نفسها ثم ادعت أنها كانت مزوجة لإنسان آخر، أو باع إنسان شيئاً ثم ادعى أنه مغصوب أو ما أشبه ذلك، فإن الإقرار في حق النفس إنما يتم قبل العقد، أما بعد العقد فهو إقرار في حق الغير، فلا يشمله «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[1]، وقد فصلنا بعض

---

(١) الوسائل: ج١٦ ص١١١ ح٢.

الكلام في ذلك في كتاب الإقرار، وأشار إلى شبه هذه المسألة المحقق القمي (رحمه الله).

نعم لو صدقه طرف الصلح على أنه مال الغير بطل الصلح، إلاّ إذا كان الصلح كلياً، وكان الإعطاء من باب المصداق، لوضوح أن بطلان المصداق لا يوجب بطلان الكلي، وهكذا إذا أجاز المالك.

ومنه يعلم حال ما إذا صالح ثم ادعى أنه كان عند المصالحة غير بالغ أو غير عاقل، أو كان محجوراً أو ما أشبه مما جامعه بطلان الصلح، فإنه لا يقبل كلامه في ذلك.

(الثلاثون):

إذا صالح صلحاً وبعد الصلح ادعى الغبن أو العيب أو خيار الشرط أو تبعض الصفقة أو ما أشبه مما يعطي له حق الإبطال، كان عليه الإثبات، فإن أقام البينة فهو، وإلا كان له الحق في إحلاف المنكر، وإذا كان الطرف قد مات ووارثه يدعي أنه لا يعلم حق له أن يحلف على عدم العلم، نعم للمصالح إذا كان مغبوناً واقعاً أو ما أشبه أن يبطل الصلح ويعمل كما لو لم يكن صلح.

(الواحد والثلاثون):

لو كان مسيل مياه المطر من أرض زيد في أرض عمرو لم يحق لعمرو قطع الطريق على المسيل، لما سبق من بقاء الحق القديم، وإذا عمّر عمرو أرضه وجرى الماء على الساحة المعمورة وسبب خراب الآجر ونحوه لم يكن على زيد بأس، كما لم يكن لعمرو أن يحتج بأنه ضرر عليه، لأن الضرر هو الذي أوجده على نفسه بتعمير المسيل الذي هو حق الغير، فهو كما إذا فرش إنسان فراشه في الشارع العام، حيث يحق للناس العبور عليه، ولا حق له في منعهم بحجة أنه ضرر عليه، وهل لعمرو أن يحصر المسيل في أنبوب ونحوه بحيث لم يمنع السيل ولا يسبب السيل ضرره إذا لم يرض زيد بالأنبوب

احتمالان، من أنه تصرف في حق زيد بدون رضاه، ومن أن حقه في جريان مائه فلا يهم أن يكون الجريان بأية كيفية، لكن الأول هو مقتضى القاعدة، إذ الثاني كمن يريد جعل نهر غيره في أنبوب ليتصرف في بقية النهر، ومن ذلك يعرف أن عمرو لا يحق له أن يغير مجرى السيل من خلف داره التي يريد تعميرها حتى لا يجري السيل من داره بعد التعمير.

نعم إذا أراد عمرو تغيير مجرى السيل من قبل أرض زيد حتى لا يجري السيل في أرض زيد، ويجري منه إلى أرض عمرو، ولم يكن لزيد حق في هذا السيل، حق لعمرو ذلك، حيث ليس حق لزيد في المسيل، وقد أشار إلى بعض ما ذكرناه المحقق القمي.

(الاثنان والثلاثون):

لو أن عرق شجر الجار جاء من تحت بستان أو أرض الجار ونبت منه شجرة، فالظاهر أن الشجرة مشتركة بين صاحب الأرض وصاحب العرق، لأن الشجرة لا تكون إلاّ من الماء والأرض، والأصل كما ذكرناه في كتاب الغصب الاشتراك.

فقول المحقق القمي بأن الشجرة لصاحب العرق، محل نظر.

ثم إن صاحب الارض له الحق في أن يقول لصاحب العرق: اقطع الشجرة والعرق، كما أنه إن لم يفعل ذلك أو لم يتمكن منه كان له الحق في مراجعة الحاكم الشرعي، لأنه ولي القاصر والممتنع، وقد تقدم مثل هذه المسألة في أنه لا حق لصاحب الأرض أن يقطع هو بنفسه إلاّ إذا لم يكن ملجأ إلاّ ذلك.

وحيث إن المال مشترك على ما عرفت، فهو كسائر الأموال المشتركة حيث لا يحق لأحد الشريكين التصرف إلاّ بإذن الآخر، ولو تعاسرا فالمرجع الحاكم الشرعي، وحيث تقدم تفصيل في مثل ذلك لا داعي إلى تكراره.

(الثالث والثلاثون):

لو كان نهر أو بئر أو ما أشبه من الماء مشتركاً بين الوقف وبين إنسان، ثم غاب ذلك الإنسان بما لا يتمكن من وصول اليد إليه، أو مات وخلف صغاراً، وأهل القرية اعتادوا أن يستعملوا ذلك الماء لأجل حاجاتهم، حيث إن بعضه وقف عام وبعضه كان مأذوناً من قبل مالكه، أو كان يبذل المالك الماء لهم في مقابل ثمن، فإن مقتضى القاعدة أن المتولي للوقف والقيم على الصغير وولي الغائب وهو الحاكم الشرعي هم الذين يتصرفون في الماء ويؤجرونه أو يبيعونه أو يعطونه للناس مجاناً، لكن يلزم أن لا يضيع حق الصغير، ولا حق الغائب، فإذا كان الميت أو الغائب قد أباح الماء لأهل القرية مثلاً لم يكن معنى ذلك أن الإباحة باقية بعد موته، وانتقال الحصة إلى الصغار أو إلى كبار غائبين لا يعلم هل أنهم أباحوه كمورثهم أم لا، وكذلك إذا لم يعلم أن الإباحة هل كانت مطلقة شاملة لما بعد غيبة المالك أو مخصوصة.

وعلى كل حال، فالتصرف في مال الغير لا يجوز إلاّ باذنه أو إذن وليه، وقد ألمع إلى شبه ذلك المحقق القمي.

(الرابع والثلاثون):

لو تفايض نهر خاص أو ساقية خاصة أو انفتح الأنبوب لماء إنسان تأخذ الدولة العادلة منه المال في قبال الماء، فجرى الماء إلى بيوت الجيران، فإن كان تالفاً أو كالتالف فلا كلام، أما إذا جرى في حوض إنسان مثلاً وكان الحوض فارغاً، فالماء لصاحب الماء، ولا حق لصاحب الحوض فيه، وإن كان في الحوض ماء لصاحب الحوض فامتزج اشتركا وصار كسائر المشتركات، فإن علما قدر ماء كل فهو، وإن لم يعلما تصالحا، وإلا أجبرهما الحاكم على الصلح القهري أو نحوه، وقد ذكرنا في بعض مباحث الفقه مسألة الصلح

القهري، وإلى بعض فروع هذه المسألة أشار المحقق القمي.

ولو لم يعلم هل أن صاحب الماء أعرض عن مائه أم لا، فالأصل بقاؤه على ملكه.

وإذا تعاسر صاحب الماء وصاحب الحوض في دخول صاحب الماء داره لأخذ مائه من حوضه أو إعطاء صاحب الحوض لمائه، فالمرجع أيضاً الحاكم الشرعي، حيث يفصل بينهما، وقد ذكرنا في بعض المباحث السابقة أن الفصل ليس بإيكال الحاكم الشرعي الثالث يقسم الماء بينهما، لأنه خلاف سلطنة كليهما، فإن مقتضى القاعدة مراعاة سلطنتهما معاً، وحتى لو أضطر إلى إلغاء سلطنة أحدهما فإنه مقدم على إلغاء سلطنة كليهما بتخويل الثالث للفصل.

ولو اختلفا في أن كل واحد منهما يقول: إن له الأكثر، فإذا كانت هنالك بينة أو يمين فهو، وإلا فإن كانت بينتان أو تحالفا أجريت قاعدة العدل، وقد ذكرنا في بعض مباحث الفقه أن الماءين لو كانا مختلفين بأن كان أحدهما حلواً قيمته دينار والآخر مراً أو مالحاً قيمته نصف دينار مثلاً، كان مقتضى القاعدة التقسيم بينهما حسب القيمة لا حسب الحجم، أو يتراضيان على التقسيم حسب الحجم ويعطي صاحب الماء المالح أو المر التفاوت لصاحب الماء العذب.

ومنه يعرف حال اختلاف الماءين في سائر الخصوصيات.

(الخامس والثلاثون):

لو تنازعا على دار كان عمرو جالساً فيها وزيد يدعيها، بحيث لم يكن لزيد البينة، فقبل بالصلح مع عمرو على أن يعطيه عمرو شيئاً ويرفع يده عن الدعوى، فأعطاه عمرو المال، ثم إن زيداً حصل على البينة، فإنه لا حق له في الدعوى بعد الصلح المذكور، ولو ادعى لم يسمع الحاكم الشرعي دعواه، لأن حقه قد سقط بالصلح، نعم إذا مات فلورثته حق الدعوى إن كان عمرو صالح مع المورث على سقوط حق دعواه، ومن الواضح أن

حق دعوى الوارث غير حق دعوى المورّث.

وأما إذا كان صلح عمرو مع زيد على سقوط حقه في الدار، فإنه لا حق للوارث في الدعوى، إذ لما سقط حق المورّث عن الدار لا شيء يبقى للوارث حتى يدعي، وحتى أنه إذا علم الحاكم الشرعي بأن حق زيد كان ثابتاً أو قامت البينة عنده لم يكن له أن يعطي الدار لورثة زيد بعد أن كان زيد أسقط حقه في الدار في مقابل ما أخذه من المال صلحاً، ثم إن كان صلح المدعي في قبال سقوط حق دعواه كان له التقاص إذا علم بثبوت حقه.

(السادس والثلاثون):

لو كانت له أرض يمر إليها عبر أحد الأطراف الأربعة، ثم أصحاب الأطراف بنوا دوراً نحوها على أراضيهم ولم يعلم أن المعبر كان من أي الأراضي، فإن مقتضى القاعدة أن الحاكم الشرعي يجعل على أصحاب الدور ممراً على نحو المهاياة، بأن يمر مثلاً إلى أرضه في كل شهر من دار إنسان، أو أن يجعل الممر من أحد الدور ويأخذ ثلاثة أرباع قيمة الممر من الثلاثة الآخرين ويعطيها لمن جعل الممر من داره فإن الجمع بين (لايتوى حق امرء مسلم)[1] بالنسبة إلى الممر، وقاعدة العدل بالنسبة إلى الأربعة يقتضي ذلك.

فهو مثل أن الإنسان يطلب من أربعة أشخاص ديناراً وهو لا يعلم أنه يطلب من أيهم، فإن الحاكم الشرعي يجبرهم على أن يعطي كل واحد له ربع دينار، وليس المقام كواجدي المني، حيث إن الغسل عن المني حكم شرعي، والشارع تسامح في حكمه، ولم يعلم أنه تسامح في حقوق الناس، بل مقتضى التشديد في حقوق الناس هو قاعدة العدل التي ألمعت إليها جملة من الروايات في أبواب مختلفة.

ومنه يعلم وجه النظر في احتمالي المحقق القمي في المسألة، من العمل

(١) العوالي: ج١ ص٣١٥ ح٣٦.

بالقرعة، ومن العمل بعدم تكلف أحد من الأربعة بشيء، لأنه كالثوب المشترك في واجدي المني، حيث إنه ليس شيء على أي واحد منهم عملاً بأصل البراءة، قال: وليس المقام من قبيل ما إذا كانت ذمة إنسان مشغولة بدين لأشخاص محصورين، حيث ذكر الفقهاء أنه يصالح معهم جميعاً، وذلك لأن شغل الذمة هنا ثابت، وشغل الذمة لأحد الملاك الأربعة في مسألتنا ليس ثابتاً.

ثم قال: ولا يبعد في هذه الصورة، وهي صورة شغل الذمة لأشخاص محصورين أن يعطي هذا الإنسان المشغول الذمة قدر ما يكون مديوناً من باب مجهول المالك.

ثم قال: الاحتمال الثاني في مسألة المسير إلى الأرض أظهر من الاحتمال الأول الذي هو القرعة.

ولايخفى أن مقتضى قاعدة العدل في مسألة اشتغال الذمة لمحصورين هو أن يقسم المال بينهم لا الصلح معهم، أو الإعطاء من باب مجهول المالك، وقد ذكر صاحب الجواهر شبه هذه المسألة في كتاب الخمس، وقد نقلنا نحن أيضاً هناك بعض الأقوال والأدلة حول وجوب العمل بقاعدة العدل في مثل من لم يعلم أن ذمته هل هي مشغولة بالخمس أو الزكاة مثلاً، إلى غير ذلك من موارد الاحتمال والشبهة.

(السابع والثلاثون):

قال المحقق القمي: يغتفر الجهالة في الصلح بشرط أن لا يمكن استعلام الحال في وقت الصلح للتعذر أو للتعسر، ولو لم يكن الاستعلام متعذراً أو متعسراً لم يصح الصلح.

وفيه: ما تقدم من أنه لا دليل على لزوم العلم بالخصوصيات، وعدم ضرر الجهل، لإطلاق أدلة الصلح، ولا دليل على الفرق الذي ذكره، فإذا كانت ورثة لا يعلمون كم حصة الذكور، وكم حصة الإناث، هل بالتساوي أو بالتفاوت مثلا، يصح لهم أن يتصالحوا، وإن كان يمكن الاستعلام، وكذلك في سائر الأمور.

نعم يلزم أن لا يكون الصلح غررياً، لنهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر(١).

وقد ذكرنا فيما سبق أن الغرر في الصلح ليس بشدة الغرر في غير الصلح، إذ يغتفر في الصلح ما لا يغتفر في غيره، فعليه إذا كان هنالك مثلاً كل بيض بفلس، وهناك في الصندوق مئات البيوض لا يعلم عددها، يصالحها بدينار فيما كان الدينار قريباً من البيوض، إما بكثرة قليلة أو بقلة قليلة، مما يقدم العرف العقلائي على مثل هذه المصالحة، فإن المصالحة صحيحة، وإن أمكن تعداد البيوض هل هي ألف أو أقل أو أكثر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ولو تصالحا ثم ظهر الغبن في أحد الطرفين، فهل للمغبون فسخ الصلح، أو التخيير بينه وبين أخذ التفاوت، أو أن الغابن إذا أعطاه التفاوت لم يكن للمغبون فسخ الصلح، وإلا كان له فسخ الصلح بدون مراجعة الحاكم وإجباره على إعطاء التفاوت، أو بعد المراجعة؟

احتمالات، وذلك لأن دليل «لا ضرر» الذي هو معيار خيار الغبن والعرفية قاضيان بأن إعطاء الغابن التفاوت لا يدع مجالاً للخيار، لأنه لا يكون ضرر بعد ذلك، والعرف يرون أن المعاملة إذا صدرت بقيت إلاّ إذا كان أحدهما مغبوناً غبناً من غير تدارك.

أما في باب البيع، حيث إن دفع التفاوت لا يوجب سقوط خيار الغبن، فقد استندوا فيه إلى الإجماع.

واستشكل المحقق القمي في المسألة، وأخيراً قال: إن الأحوط التصالح، وإن كان احتمل استصحاب بقاء الخيار، وإن استعد الغابن لإعطاء التفاوت، إلاّ أنه قد يقال بالإشكال في الاستصحاب لأنه لا ضرر على المغبون من الغابن بعد إعطاء التفاوت، فوجود أركان الاستصحاب من الأول محل إشكال، لكن يمكن أن يقال إن الغبن حصل فليستصحب الخيار.

---

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح٣.

ثم لا يخفى أنه إذا لم يكن في الأول غبن، وإنما حصل الغبن لأحد الطرفين بسبب التضخم أو التنزل لم يكن خيار، كما أنه لو قلنا بالخيار هنا، بل وفي البيع أيضاً إذا كان عند المعاملة غبن، ثم ارتفع الغبن بسبب التضخم والتنزل مثلاً، لم يكن وجه لسقوط الخيار، وكذا إذا كان عيب ثم برئ، إلى غير ذلك، مثل ما إذا اختلف الوصف بما أوجب الخيار ثم صار الوصف على ما وصف.

(الثامن والثلاثون):

لو تنازع زيد وعمرو على دينار مثلاً، وبعد وصولهما إلى نتيجة من حلف أو بينة أو إقرار أو ما أشبه تصالحا على أن يتنازل كل واحد عن النصف، فتصالحا على أن يعطي المديون للدائن نصف دينار، وهكذا انتهى الأمر ثم ظهر بالبينة أو بالإقرار أو بالحلف حق أحدهما في كل الدينار، فالمديون يجب أن يعطي النصف الآخر إلى الدائن، إلاّ أن يكون الدائن قد أسقط نصف الدينار عن المديون بطيب نفسه، فانه تبرأ ذمته من باب الإبراء، أو أن يكون الصلح على النصف حتى في صورة طلب الكل، بأن يكون مثل ما إذا علم الجانبان الدين، وإنما تنازل الدائن عن النصف تنازلاً بالصلح لا تنازلاً عن الدعوى.

وقد ألمع إلى هذا المحقق القمي بدون ذكر الشق الثاني، وإنما ذكر البراءة في صورة الإبراء، ومن الواضح فرق بين الإبراء وبين التصالح على النصف، كما أنه فرق بينهما وبين التصالح على عدم الدعوى.

(التاسع والثلاثون): لو تصالح الزوجان على أن يكون المهر أو النفقة أو كلاهما أو بعض من أحدهما أو من كليهما أو شيء خارجي للزوج، مقابل طلاق الزوجة وعدم الرجوع إليها، هل يصح للزوج الرجوع، وهل يصح لهما النكاح من جديد بدون أن ينافي الصلح، وإذا لم يطلق هل يجبر عليه، وهل تحرم عليه الزوجة، الظاهر عدم صحة الرجوع من الزوج لما تقدم في بعض المسائل

السابقة من أن العقد والشرط يقتضيان الوضع، خلافاً للمحقق القمي حيث قال بأنه لو رجع فعل حراماً وتكون الزوجة زوجته، لأن فعل الحرام لا ينافي الزوجية.

أما النكاح لهما من جديد فلا إشكال فيه ولا يضر ذلك بالصلح، لأن الصلح كان على الطلاق وعدم الرجوع و لم يحصل أي منهما.

وإذا لم يطلق أجبر عليه، لما عرفت من أنه مقتضى العقد، كما أنه إذا لم يقبل الشرط في باب الشرط أجبر عليه، لكن ما دام لم يطلق لا تحرم الزوجة عليه، لأن الحرمة إنما تكون بالطلاق، و«الطلاق بيد من أخذ بالساق»، فما دام لم يطلق يستمر حكم الحلية كما تستمر حكم النفقة وسائر شؤون الزوجية، وقد تقدم أنه إذا تصالحا بشيء من الزوجة في قبال أن لا يتزوج بطل زواجه لأنه مقتضى الوضع.

ثم إنه إذا طلق ثم رجع وقلنا بصحة الرجوع على مبنى المحقق القمي، كان لها أيضاً فسخ الصلح، لخيار تبعض الصفقة ونحوه، وإذا فسخت الصلح لم يكن للزوج إلغاء الطلاق، لأن الطلاق لما وقع ثبت، فتكون تطليقة لا يمكن بعدها إلاّ تطليقتين فيمن لم يطلق قبل ذلك.

والحاصل: أن التطليقة صحيحة وإن رجعت الزوجة في الصلح.

ثم إنه لو مات الزوج قبل أن يطلق كان مقتضى القاعدة انفساخ المصالحة حيث تعذر أحد طرفيها، وحيث تكون المعاملة قائمة بالطرفين فإذا لم يف طرف فمقتضى القاعدة بطلان المعاملة.

وإذا لم يف الزوج بالطلاق و لم يمكن جبره كان مقتضى القاعدة أن المصالحة تنفسخ تلقائياً بدون الاحتياج إلى فسخ الزوجة، نعم إذا تمكن من جبره وأجبره بقي الصلح.

ومما تقدم يعلم أنه لو صالح رجل وامرأة على أن تعطي المرأة للرجل شيئاً من مهر أو نفقة مستقبلين على أن يتزوجها فلم يتزوجها أجبر على الزواج

إن قلنا بصحة مثل هذا الصلح، وكذا إذا كان شرطاً في عقد لازم، ثم إذا نكح لم يكن للزوجة حق من المهر والنفقة بقدر.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا صالحت الزوجة مع الزوج أن لا يطلقها في قبال مهرها أو نفقتها أو شيء منهما مثلاً، حيث يلزم الصلح ولا حق له في الطلاق.

وكذلك إذا صالحت امرأة زوجاً على أن يطلق زوجته وينكحها في قبال عدم إرادتها المهر والنفقة منه، أو في قبال إعطاء شيء له.

والكلام في مسألة أنه إذا لم يطلق أجبر على ما تقدم، نعم إذا لم يطلق بقيت الزوجة زوجة لها شؤون الزوجية، كما أن له شؤون الزوج.

ومما تقدم يظهر وجه صلحها معه، أو صلحه معها على أن لا يطأها، أو يطأها أكثر من القدر الواجب، فإن لها الحق في كل أربعة أشهر مرة على ما يقوله المشهور، وإن أشكلنا في المدة المذكورة في بعض مباحث الفقه، وأن لها الحظ حسب العشرة بالمعروف، فلها إسقاط حقها صلحاً أو شرطاً، فتأمل.

(الأربعون):

ذكرنا في كتاب الشفعة: إن الشفعة لا تجري مع المصالحة لعدم الدليل، وإنما الشفعة تجري في البيع فقط، فلو هرب البائع من البيع إلى الصلح وقعت المصالحة لم يكن للشفيع الأخذ بحق الشفعة، وإن كان البائع لا يعلم الفرق بين الصلح وبين البيع، بل إنما أخذ العين وأعطى الثمن لأنه أراد إعطاءه للشفيع بالشفعة، جاهلاً عن أن الصلح لا يحكم عليه بالشفعة، وذلك لأن الجهل والعلم في المقام لا مدخلية لهما في صحة الصلح، وفي عدم حق الشفعة.

ولو لم يعلم هل وقعت المعاملة صلحاً أو بيعاً، لم يكن للشفعة أيضاً مجال، لأن الشفعة إنما تكون فيما إذا كان البيع، والمفروض أنهما لا يعلمان البيع.

نعم إذا كان في الواقع بيع كان له حق الشفعة.

والكلام في الفور والتراخي إذا عرفت بعد ذلك أنه بيع لا صلح، قد ذكرناه في كتاب الشفعة مفصلاً.

(الواحد والأربعون):

إذا كان مجرى ماء زيد في بيت عمرو أو بستانه أو ما أشبه، فخرب المجرى بما سبب ضرر عمرو من مرور الماء، فالظاهر أن لعمرو أن يمنع مرور الماء حتى يدفع زيد المالك للمجرى الضرر، وذلك لدليل «لا ضرر»، وإذا لم يتمكن من منع مرور الماء كان له مراجعة الحاكم وتعمير المجرى، ويكون على صاحب الماء أن يؤدي مبلغ التعمير.

ومنه يعلم أن قول المحقق القمي: الظاهر أنه لا يتمكن من إلزام زيد بتعمير المجرى ورفع الضرر، بل اللازم على عمرو أن يدفع الضرر عن دار نفسه، غير ظاهر الوجه، نعم إذا كان الخراب في المجرى بحيث لا يتمكن الماء من المرور فتوقف الماء فلا إشكال في أنه لا شيء لعمرو، وإنما على زيد أن يعمر المجرى إذا أراد مرور الماء.

ومنه يعلم أنه إذا تكسرت الأنابيب المائية أو خربت الأسلاك الكهربائية التي لزيد في دار عمرو، فإنه يجبر على تعميرهما إذا كانا سبباً لضرر دار عمرو، وكذلك إذا كانا سبباً لعدم تمكن عمرو من الاستفادة من داره، مثلاً سبب خراب أسلاك الكهرباء تكهرب الحائط وما أشبه مما يوجب أن لا يتمكن عمرو من الاتكاء على الحائط أو وضع اليد عليه أو ما أشبه، لأن دليل سلطنة الناس يوجب إلزام صاحب الأسلاك بالتعمير.

(الثاني والأربعون):

لو صالح زيد من داره مثلاً مع عمرو، ثم رأينا أن زيداً يبيع الدار، ولا نعلم هل أن بيعها غصب أو وكالة، أو لأنه فسخ الصلح حيث كان له الفسخ، فالظاهر حمل فعله على الصحيح، نعم لو حصل تنازع بينهما

كان الأصل مع عمرو، إلاّ أن يثبت زيد صحة البيع.

وكذا إذا باع زيد داره من عمرو ثم رأيناه يبيع الدار.

ومما تقدم يعلم أنه لو باعها كلا زيد وعمرو قدم بيع عمرو، إلاّ أن يقيم زيد الدليل على بطلان بيع عمرو وصحة بيع نفسه، ومثل البيع إذا صالح الدار زيد مرة ثانية مع إنسان آخر، أو رهن أو وهب أو وصى بها أو وقفها أو ما أشبه ذلك من سائر التصرفات، وكذلك حال المتصرفين المتعارضين، مثلاً باع زيد الدار ووهب عمرو إياها أو ما أشبه ذلك، وقد أشار إلى بعض ما ذكرناه هنا المحقق القمي.

ومن ذلك يعرف أنه لو صالح زيد أمواله لأولاده الكبار مثلاً، ثم رأيناه أنه صالح مرة ثانية أمواله لأولاده الكبار والصغار معاً، كان مقتضى القاعدة صحة الصلح الثاني حملاً لفعله على الصحيح، لاحتمال أنه جعل لنفسه الفسخ وفسخ، أو أنه فسخ الصلح بخيار وما أشبه، نعم إذا ادعى الأولاد الكبار عدم صحة الصلح الثاني كان عليه إقامة الدليل، لأن الصلح معاملة لازمة، فعلى مدعي بطلانها في صورة التنازع إقامة الدليل على ذلك.

(الثالث والأربعون):

الظاهر صحة الصلح مع الحمل، سواء في ضمن آخرين أو وحده، وسواء كان المصالح أباً أو جداً أو غيرهما، مع قبول الأب والجد أو نحوهما كالحاكم والقيم للصلح عن طرف الحمل، لكن هذا الصلح يتوقف على ولادة الحمل حياً، وذلك لإطلاق أدلة الصلح وعقلائية المعاملات مع الجنين إذا فعل الولي، أو فعل الفضولي ثم لما بلغ الجنين البلوغ الشرعي أجاز الفضولية.

ويؤيد العقلائية التي هي الموضوع الشرعي ما لم يبين الشارع خلافه صحة الوصية له، وكذلك صحة إرثه.

وإنما قيدناه بالولادة حياً، لأن

الشارع تصرف في هذا الشيء، ولذا أبطل ملكه إذا لم يلد حياً، سواء في الإرث أو في الوصية.

ومنه يعلم أن قول المحقق القمي بعدم الصحة، لأنه لا يملك إلاّ في مورد الوصية والميراث ملكاً متزلزلاً، غير ظاهر الوجه، فتأمل.

ثم ذكر المحقق القمي أن العلماء ذكروا أن الإقرار للحمل على ثلاثة أقسام:

الإقرار بسبب مملك، كالوصية والإرث.

والإقرار بسبب غير مملك، كالإقرار بأنه جنى على الطفل، وأنه استحق الغرامة، أو أنه عومل معه معاملة توجب ملكه.

والثالث الإقرار بسبب يحتمل الأمرين.

ففي الأول صحيح، وفي الثاني باطل، وفي الثالث حيث يحتمل الصحة يحمل إقراره على الصحيح.

وفيه: إنه لم يعلم إجماع على البطلان في الثاني، ومقتضى القاعدة الصحة، وأن الطفل إذا جنى عليه وهو في بطن أمه له حق الأخذ بمقتضى الجناية، كما أنه إذا قتل له حق الدية، والحاصل مقتضى القاعدة أن كل المعاملات مع الطفل جائز إلاّ إذا علم بالدليل العدم، كالنكاح له أو لها فيما إذا تبين أنه ذكر أو أنثى مثلا، سواء ولد حياً أم لا، ولذا يصح عتقه أيضاً.

والمسألة وإن كانت بحاجة إلى مزيد من التتبع والتأمل، إلاّ أن مقتضى القاعدة ما ذكرناه، فإذا نذر له أو وقف له أو وصى أو باع أو وهب أو ما أشبه صح مع قبول الولي وولادته حياً، أو قبول الفضول، وبعد ذلك إذا بلغ فيما يحتاج إلى الطرفين، أما فيما إذا لم يحتج إلى الطرفين كالعتق والنذر له وما أشبه صح على مقتضى القاعدة.

ثم إنه فرق بين مثل الإرث ومثل الجناية عليه، حيث إن الإرث يتوقف على ولادته حياً، أما الجناية عليه فلا يتوقف على ولادته حياً، فإنه إذا مات في

الرحم بعد الجناية تكون الدية أيضاً لورثته، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الولد للحلال أو الحرام أو الشبهة، وأن يكون كافراً أو مسلماً، فيما يصح بالنسبة إلى الكافر الكبير، وولد الحربي تابع له، كما أن ولد الذمي تابع له.

(الرابع والأربعون):

الإقرار بالصلح موجب لترتب آثار الصلح، وإن لم يعلم هل أنه صالح، أو لم يتصالح وإنما أقر كذباً، أو أنه أجرى الصلح صحيحاً أو باطلاً، فإن «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[1]، وأصل الصحة حاكم بصحة صلحه.

والظاهر أن الكتابة المعتبرة أيضاً حكمها حكم الصلح، كما إذا رأيناه كتب في ورقة وأشهد عليه شهوداً، والشهود يقولون بأنه أشهدنا عليها، أو الشهود ميتون لكن الكتابة بشهادة الشهود مأمونة عن التزوير، وذلك لجريان السيرة من القديم بالنسبة إلى الأقارير والوصايا والمصالحات والبيوع وغيرها على الاعتماد عليها مع الأمن عن التزوير.

وقول الفقهاء: لا اعتبار بالكتابة، كقول المحقق القمي، إلاّ أن يعلم الحاكم بالصحة، محل نظر، إلاّ أن يريد الفقهاء الكتابة التي لا يمكن الاعتماد عليها عند العرف، أما الكتابة التي يعتمد عليها عند العرف فلا وجه لعدم الاعتبار بها، بل هو داخل في قوله (عليه الصلاة والسلام): «الأشياء كلها على ذلك حتى تستبين أو تقوم به البينة»[2]، فإنه من الاستبانة العرفية.

وقد كان الرسول (صلى الله عليه وآله) والأئمة (عليهم السلام) يعتمدون على الكتابة، ولذا كان (صلى الله عليه وآله) يرسل الكتب إلى الملوك وغيرهم[3].

---

(١) الوسائل: ج١٦ ص١١١ الباب ٣ من أبواب الإقرار ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٢ ص٤٠ الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به ح٤.

(٣) بلغ تعداد كتب الرسول (صلى الله عليه وآله) إلى الرؤساء زهاء ٣١٧ فقرة، راجع مكاتب الرسول.

نعم إذا كانت كتابة لا نعلم هل أنه أجري على نحوها الصيغة أو المعاطاة أو لا، كالكتابة على الزوالي بأنها وقف، حيث إن الكتابة قبل التوقيف غالباً، لم يكن اعتبار لهذه الكتابة، لعدم اعتماد العقلاء على مثلها.

(الخامس والأربعون):

لو ادعى زيد على عمرو مائة دينار، وأنكر عمرو، فصالح زيد معه على خمسين منه مثلاً بشيء، فإن المصالحة لازمة ولا تسقط دعوى زيد على عمرو الخمسين الآخر، لأن الصلح على الخمسين ليس معناه الاعتراف بأنه قد كذب في دعواه المائة، وقد أشار إلى ذلك المحقق القمي.

ولو اختلفا في أنه هل صالح عن المائة أو عن الخمسين، فالحق مع مدعي الخمسين إلاّ أن يأتي مدعي كون الصلح بمائة بدليل.

(السادس والأربعون):

الفسخ بخيار الشرط وفي العقد الجائز لا يحتاج إلى الطرفين، وإنما ينفسخ بسبب طرف واحد كما هو واضح، أما في العقد اللازم فالفسخ كالتقايل بحاجة إلى الطرفين، كأن يقولا: تفاسخنا، أو أبطلنا، أو رفعنا اليد عن العقد، أو ما أشبه ذلك من صور الفسخ من الجانبين.

ولو قال أحدهما: فسخت، فقال الآخر: قبلت أو رضيت أو أنا هكذا أو ما أشبه، حصل التفاسخ أيضاً.

والظاهر أنه لا يشترط عدم الفصل، فإذا قال أحدهما في البيع أو الصلح أو ما أشبه في يوم الجمعة: إني فسخت العقد، وقال الآخر في الجمعة الثانية: قبلت، ولكن كان الأول باقياً على فسخه صح، لأن الأمر عرفي، والعرف يرون الاتصال بين الأمرين ولو بفصل، فقول المحقق القمي: يجب أن يكون بفاصلة قليلة، غير ظاهر الوجه.

وكذا الحال لو استقال البائع مثلاً في جمعة، وأقال المشتري في جمعة أخرى.

ولو شك في ذلك كان الأصل مع عدم اشتراط عدم الفصل، إذ

الشرط شيء جديد لم يدل عليه دليل، فالعقلائية هي المعيار في الأمر، والعقلاء لا يرون الاتصال، بل مقتضى القاعدة أنه لو فسخ أحدهما ومات الآخر وورثه وارثه، فقال وارثه: قبلت الفسخ، انفسخ.

كما أن مقتضى القاعدة أنه لو أجرى فضولي الفسخ، فقال العاقد: قبلت ما فسخ، كان ممضي أيضاً، لأن الفضولية تأتي في الفسخ أيضاً عرفاً، والشارع لم يغير ذلك.

ولو قال أحدهما: فسخت، وقبل أن يقول الآخر قبلت، رجع عن فسخه وقال: رجعت، لم يتحقق الفسخ.

وذلك كما إذا قال أحدهما: بعت، وقبل قبول الآخر قال: رجعت، فإن البيع لا يقع، وهكذا في النكاح إذا أجرى الإيجاب وقبل قبول القابل رجع، إلى غير ذلك من العقود، وذلك لعدم صدق (عقودكم) إذا رجع.

ولو ادعى أحدهما التفاسخ أو التقايل، وأنكر الآخر، احتاج المدعي إلى البينة.

كما أنه إذا مات أحدهما فورثه وارث لم يعلم بأنه وقع التفاسخ والتقايل، كان للمدعى عليه الحلف بعدم العلم، لكن العالم بالتفاسخ أو التقايل يلزم عليه أن يعمل حسب علمه بقدر المستطاع.

وعلى أي حال، في العقود اللازمة يحتاج الأمر إلى التفاسخ والتقايل إلاّ في النكاح، حيث لا يصح التفاسخ والتقايل فيه، نعم يصح الفسخ من الرجل وحده، أو من المرأة وحدها، في الأمور الموجبة للفسخ المذكورة في كتاب النكاح.

ثم الظاهر دخول المعاطاة أيضاً في التفاسخ والتقايل، كما يقتضيه أدلة المعاطاة، فقول المحقق القمي: في التفاسخ والتقايل في العقود يلزم التلفظ بلفظ له دلالة على إنشاء الفسخ، محل نظر.

ويشترط أن يكون الفاسخ بالغاً عاقلاً

جائز التصرف في الماليات، ولا فرق بين أن يكون كافراً أو مسلماً، نعم إذا قلنا بصحة معاملات الصبيان يأتي أن لهم أيضاً التفاسخ والتقايل.

ولو شرط في ضمن عقد لازم أو في مصالحة عدم الفسخ، فمقتضى القاعدة أن فسخه كلا فسخ، على ما ذكرناه في بعض المسائل السابقة، خلافاً لما يستظهر من المحقق القمي أن الفسخ يقع وإنما فعل حراماً.

ولو فسخ أو فسخت مع نهي الأبوين حيث ينفذ نهيهما، أو نهي الزوج حيث ينفذ نهيه، صح الفسخ، وإنما فعل حراماً، لعدم التلازم بين الحكم الوضعي والحكم التكليفي.

وإنما قلنا بإفادة «المؤمنون عند شروطهم»[1] الحكم الوضعي أيضاً، لأنه المستفاد عرفاً من مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾[2] و«المؤمنون عند شروطهم».

كما أنه لو نذر أن لا يفسخ ففسخ، فعل حراماً وإن نفذ الفسخ، على تأمل في بعض المذكورات.

(السابع والأربعون):

لو ادعى أحد المتصالحين الغبن أو العيب أو تبعض الصفة أو خيار الرؤية فيما اشترط فيه الرؤية مثلاً أو شبه ذلك من الخيارات غير المحدودة مالكياً أو شرعياً بوقت معين، كان مقتضى القاعدة سماع الدعوى منه ولو بعد عشرين سنة، بل وكذا إذا مات وانتقل إلى الوارث فللوارث الحق، لأن ما تركه الميت من حق فلوارثه، كما أشار إلى ذلك المحقق القمي.

ولو انتقلت العين إلى غير الطرفين بسبب بيع أو ما أشبه فإن أمكن حصولها عقلاً وشرعاً وإرجاعها فهو، وإلا انتقل الأمر إلى البدل، كما ذكر ذلك في كتاب البيع مفصلا.

---

(١) الاستبصار: ج٤ ص٣ ح٢٣٢، التهذيب: ج٧ ص٣١١ ح٦٦.

(٢) المائدة: آية ١.

ولو اتفقا على الغبن، لكن اختلفا في أنه هل كان الغبن مما يتسامح فيه في مثل المصالحة، أو لا، فعلى مدعي الغبن الذي لا يتسامح فيه إقامة الدليل، لأن مقتضى الدليل اللزوم إلاّ أن يكون غبناً لا يتسامح فيه، فهو مثل ادعاء أحدهما الخيار وإنكار الآخر، حيث إن مدعي الخيار يحتاج إلى الدليل، فلا يقال: إن أصل الغبن لما كان ثابتاً و لم تكن الصفة وهو التسامح فيه ثابتاً، فمقتضى القاعدة أن الحق لمن ادعى الغبن غير المتسامح فيه.

(الثامن والأربعون):

لو تصالحا ثبت الصلح ولزم، وإن لم يسلم أحدهما للآخر، ثم لو امتنع أحدهما من التسليم أجبر، وإذا لم يمكن الإجبار حق لطرف الصلح أحد أمرين، إما أن يبقي على صلحه ويتقاص، وإما أن يفسخ الصلح.

ولا فرق في عدم التسليم بين أن يكون لتعذر المصالح من التسليم، كما إذا غصبه الغاصب منه، أو تعذره شخصياً، كما إذا سجن أو أغمي عليه أو ما أشبه، أو امتناعه بدعواه عدم صحة الصلح، أو لامتناعه اعتباطاً أو غير ذلك.

والظاهر أنه إذا سلمه بعد مدة وكانت للعين في هذه المدة منفعة منفصلة أو متصلة، كاللبن والثمر والصوف، أو منافع كالإيجار بالنسبة إلى الدابة والسيارة والدار وما أشبه، كانت كل تلك المنافع للطرف، لأنه بمجرد انتقاله إلى الطرف انتقل إليه مع سائر منافعه، ولا فرق بين أن استوفاها الآبي أو غيره أم لا.

والظاهر لزوم الفورية العرفية في العطاء، إلاّ إذا شرط لفظاً أو ارتكازاً مما يبنى العقد عليه التأخير.

والإيجار السابق على الصلح مقدم على حق طرف الصلح، كما ذكروا مثله في البيع، فإذا لم يكن المصالح يعرف أن الدار موجرة مثلاً مدة كسنة وما أشبه مما ينافي الفورية، كان له حق الفسخ أو الإبقاء مع أخذ المنفعة من طرفه المالك للدار سابقاً.

أما حمل الدابة فإن حملت بعد الصلح فللطرف، وأما إذا كانت حاملاً قبل الصلح، فالأمر دائر مدار قصدهما في الدخول في الصلح حتى يكون العقد مبنياً عليه وعدمه، وإذا شك فالأصل عدم دخول الحمل في الصلح.

كما أن الثمار أيضاً الأصل عدم دخولها في الصلح، إذا لم يكن الارتكاز أو الشرط اللفظي بدخولها في الصلح.

أما إذا صالح عن البئر أو عن النهر أو الساقية أو ما أشبه فالظاهر دخول الماء، لأن المراد بالبئر والنهر والساقية ما يشمل الماء أيضاً، إلاّ أن تكون قرينة على العدم.

ولو صالح عن التلفون أو التجهيزات الكهربائية في البيت أو أنابيت الماء أو ما أشبه، فالظاهر أنه .بمعنى كونها متصلة بالمنبع، فلا حق له في إعطاء التلفون المجرد عن الاتصال أو غيره، إلاّ أن يكون الشرط اللفظي أو الازتكازي على العدم.

(التاسع والأربعون):

لو ادعى على ميت مالاً وجاء بالبينة، وقبل أن يحلف صالح حقه على الميت مع إنسان، صح ذلك الصلح إذا حلف، لأنه يكشف الحلف عن سابق الحق، فتكون المصالحة واقعة على الحق السابق.

بل قد تقدم أن الصلح كما يقع على الحق السابق يقع على الحق المستقبل، كأن تصالح الزوجة زوجها على نفقة السنة الآتية بشيء، وأن يصالح الصياد على ما يصيده من السمك ونحوه بشيء قبل الصيد، إذا لم تكن الجهالة موجبة للغر المضر بالصلح.

والظاهر أنه لا يشترط وحدة الحاكم الذي يقيم عنده الشهود ويحلف عنده لعدم الدليل، والأدلة إنما تشير إلى جنس الحاكم، خلافاً للمحقق القمي حيث يستظهر من كلامه اشتراط وحدة الحاكم، كما لا يشترط أن يكون الحلف في مجلس الشهود، بل يجوز التفريق بينهما، بأن يستشهد بشاهدين في هذا اليوم ويأتي بالحلف بعد شهر لإطلاق الأدلة، ولو قيل بأن الانصراف يقتضي اتحاد الحاكم والمجلس

فالجواب أنه بدوي، مع قطع النظر عن أنه لا انصراف عند العرف، كما أنه لا دليل على لزوم كون الشاهدين في مجلس واحد، بأن يشهد أحد الشاهدين في هذا اليوم، ويأتي شاهد آخر فيشهد بعد أسبوع.

وعلى هذا، فإذا ادعى على ميت شيئاً، وصالح ذلك الشيء مع إنسان، وبعد ذلك أقام الشهود وحلف أو الورثة أقروا بما ادعى يكون الصلح صحيحاً، نعم إذا لم يتمكن من الإثبات بطل الصلح ظاهراً، وإن كان الصلح واقعاً صحيحاً إن كان حقه ثابتاً.

وإذا علم طرف الصلح بأن حقه ثابت لكنه لم يتمكن من الإثبات لزم عليه إعطاء الشيء المقابل لما عنده، نعم إذا علم الطرف أن المال ثابت على ذمة الميت وأقدم على الصلح كان الصلح صحيحاً، وإن لم يتمكن المدعي من إقامة البينة أو لم يحلف.

أما إذا صالح مع علمه بأن الحق ثابت على شرط لفظي أو ارتكازي، بأن يتمكن من إنقاذ الحق ولو بالتقاص ولم يتمكن، بطل الصلح إذا كان على نحو القييد، وأما إذا كان على نحو الاشتراط فله خيار الفسخ.

(الخمسون):

الظاهر أنه يصح أن يصالح الإنسان مع أولاده بتقسيم أمواله بينهم صلحاً على التساوي أو التفاوت، سواء كان التفاوت بجعل ما للذكر ضعف الأنثى، أو جعل ما للأنثى ضعف الذكر.

ويصح أن يشترط في الصلح شروطاً، مثل أن يكون له خيار الفسخ إلى حين موته، وأن يكون هو المتصرف في الأموال ولو بالإتلاف إلى حين موته، وأنه إذا ولد له ولد جديد يكون شريكاً معهم، إما بكون الذكر مثل حظ الأنثى أو أكثر أو أقل، وبأن يكون من الكل يأخذ على حد سواء أو بالتفاوت، فإن كل ذلك جائز وداخل في أدلة الصلح،

لكن أشكل على ذلك المحقق القمي:

أولاً: بأنه جهالة.

وثانياً: بأنه غرر(١).

وثالثاً: بأنه أحياناً يلزم الضرر(٢).

ورابعاً: بأن وقت الموت غير معلوم.

وكل هذه الإشكالات غير ظاهر الوجه، لأن الكلام فيما إذا لم يكن غرراً عرفياً، والضرر هو الذي أقدم عليه فلا بأس به، والجهالة المسامح فيها عرفاً في مثل الصلح لا دليل على كونها ضارة، وعدم تعين وقت الموت ليس مما يراه العرف ضرراً أو غرراً.

كما أن المراد بخيار الفسخ خيار الفسخ فيما كان باقياً، أما ما أتلفه من القمح أو ما أشبه أو ما باعه من الدار والدكان ونحوهما، فمن الواضح أنه ليس المراد خيار الفسخ في مثل هذه الأمور، فإشكاله الخامس بأنه كيف يجعل خيار الفسخ فيما يتلف، وتخصيصه بما لا يتلف نحو جهالة وغرر أيضاً غير ظاهر، وبذلك تبين أن الأصل الصحة، فلا مجال لأصالة عدم الصحة أيضاً، فقوله: لا أقل من الشك في صحة مثل هذه المعاملة فالأصل عدم الصحة، محل إشكال.

(الواحد والخمسون):

قال المحقق القمي: هل يصح الصلح من دون العوض كالهبة بلا عوض أم لابد منه.

الجواب: يصح ذلك مع الإقرار والإنكار، فلو كان على أحد دين لأحد وأقرّ به، ثم صالحه على نصفه صح، وكذلك في العين وسمي صلح الحقيقة، فيقول: صالحتك على نصف دَيني على أن تعطيني

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح٣.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح٣.

نصفها أو صالحتك داري على نصفها.

ويشترط القبول، وإن كان في الدَين، فإن كونه بمنزلة الإبراء عن النصف لا يوجب عدم اشتراط القبول كما في الإبراء، على أظهر القولين وأشهرهما، والظاهر أن المسألة إجماعية.

قال في التذكرة: (ولو قال: صالحني بنصف دينك عليّ أو بنصف دارك هذه، فيقول: صالحتك بذلك، صح عندنا، وهو قول أكثر الشافعية)، ثم قال: (وإنما يقتضي الصلح المعاوضة إذا كان هناك عوض، وأما مع عدمه فلا، وإنما معنى الصلح الرضا والاتفاق، وقد يحصل من غير عوض) انتهى.

وهو كما ذكراه.

ثم الظاهر عدم لزوم العلم بقدر الدين إلاّ إذا دخل في الغرر الضار بالصلح، ولو ادعاه الدائن وأنكره المديون، فإن تمكن الدائن من إثبات ادعائه فهو، وإلا احتاج المديون إلى الحلف حسب قواعد الدعوى.

(الاثنان والخمسون):

لو صالح على دعويين، بأن يترك المدعي الدعوى في قبال إعطائه مائة مثلا، فظهر بطلان أحد الدعويين، فإن قصد كون الصلح صلحين لكل دعوى صلحاً، مثل نكاحين في صيغة واحدة، بطل من الصلح بقدر تلك الباطلة، فإن قصد لكل صلح خمسين بطل أحدهما، وإن قصد النسبة مثل أن يكون للصحيحة تسعون وللباطلة عشرة بطل عشرة، وإن قصد صلحاً واحداً كان من تبعض الصفقة، فإن أقره و لم يفسخه يبطل من المال بالنسبة كما في تبعض الصفقة.

(الثالث والخسون):

لو كان الصلح بنظر أحدهما صحيحاً اجتهاداً أو تقليداً، وبنظر الآخر باطلاً، يرجعان إلى حاكم شرعي فيحكم فيه بنظره، ولو كان نظره مخالفاً لهما، لصحة بعض الصلح وبطلان بعضه، على ما ذكرنا تفصيله في كتاب القضاء.

وإذا حكم وجب على المترافعين تنفيذ الحكم، وإن كانا مجتهدين وكان حكم القاضي على خلافهما.

(الرابع والخمسون):

لو اختلفا في أنه هل وصى بالأكثر من الثلث، فيكون الزائد عن الثلث باطلاً بدون إجازة الورثة، أو صالح حتى يلزم العمل بالكل، كان مورد التحالف، لعدم الجامع بين الأمرين، وكون الأصل مع نتيجة الوصية لا ينفع بعد أن كان ميزان النزاع المصب لا المآل، كما ذكرنا وجهه في كتاب القضاء وغيره.

(الخامس والخمسون):

لو صالح وجعل الخيار لنفسه ما دام العمر، فله صورتان:

(الأولى): أن يعيش حسب المتعارف، ولا شك بانقضاء الخيار بموته، لأن الخيار كان خاصاً به، فإذا مات انتفى الخيار، ولا يكون موضوع لما تركه الميت من حق فلوارثه، لأنه ليس مما تركه الميت.

(الثانية): أن جعل الخيار لنفسه ما دام العمر، وما دام العمر ارتكازاً خمسين سنة حسب ما يتعارف من عمر مثله، لكنه مات بعد سنة، فإن مقتضى القاعدة أن يكون الخيار لورثته من بعده إلى تسع وأربعين سنة، إذا كان ما دام العمر في كلامهما مرآة لخمسين سنة حسب الارتكاز، والعقود تتبع القصود، فيكون مما تركه الميت الذي يكون لوارثه.

نعم إذا كان ما دام العمر يراد به تحت اللفظ، وكان خمسين سنة من قبيل الداعي، لا أنه مصب العقد، فإنه إذا مات بعد سنة انقطع الخيار أيضاً، لأن الخيار لم ينصب على خمسين سنة، وإن كانا يزعمان أنه يبقى خمسين سنة، لكنه يكون حينئذ من باب الداعي، لا من باب المرآة.

أما إذا جعل الخيار لنفسه إلى خمسين سنة ومات بعد سنة مثلاً، فإنه يكون

الخيار للورثة فيما بقي من الخمسين مستثنى منه مدة عمره، وذلك فيما كان ظاهره إرادة خمسين وإن لم يعمر إليه.

واذا لم يعلم أن ما دام العمر هل يراد به الخمسين سنة، أو يراد به قدر العمر، كان مقتضى القاعدة عدم استمرار الخيار، لأن ما دام العمر ظاهر في مدة بقائه، أما أن يكون ذلك من باب المرآة وكان الارتكاز منصباً على الخمسين من خلال مرآته فهو خلاف الأصل، لا يصار إليه إلاّ بدليل، والمسألة من باب تخالف الوصف والإشارة.

وكيف كان، فمما ذكرناه يظهر أن إشكال المحقق القمي في الصلح ما دام العمر للجهالة الموجبة للغرر المنفي مثله حتى عن مثل الصلح الذي هو أوسع دائرة من سائر العقود، محل نظر.

ومنه يعلم أنه إذا تعددت الورثة انقسم الخيار بينهم، وقد ذكرنا في كتاب الإرث تفصيل كيفية انقسام الخيار بين الورثة، فلا حاجة إلى تكراره هنا لوحدة الملاك.

(السادس والخمسون):

الظاهر أن صلح الكفار صحيح أيضاً بينهم، وإنما علينا أن نلزمهم بما التزموا به، وإن كان في شرعنا باطلاً، كالصلح على الخمر أو الختزير أو ما أشبه ذلك، وذلك لدليل الإلزام.

وإن كان الصلح بين مسلم وكافر، كان له أربع صور:

الأولى: أن يجوز عندهما، ولا إشكال في الصحة.

الثانية: أن يمتنع عندهما، ولا إشكال في البطلان.

الثالثة: أن يجوز عند الكافر، لكنه ممنوع عند المسلم مع المسلم لا مع

الكافر، فإن ذلك جائز، ويكون حاله حال الطلاق بدون شهود عدول، حيث يجوز للمسلم تزويجها إذا كان من الكافر أو المخالف، أما من المؤمن فلا.

أما إذا كان ممنوعاً عند المسلم مطلقاً لم يجز، مثل المصالحة على الخمر، حيث لا يجوز للمسلم، سواء مع الكافر أو مع المسلم.

الرابعة: أن يجوز عند المسلم ويمتنع عند الكافر، والظاهر الصحة، لأن «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»، ولأن الإسلام لم يزدنا إلاّ عزاً، كما في الحديث، وللأدلة العامة، ولذا يجوز للمسلم أن يتزوج بكافرة ثانية مع أنه لا يجوز عند الكفار التزوج بالثانية، حيث إن الكافر إذا تزوج بالثانية وعنده لايصح ذلك نحكم ببطلان العقد الثاني من باب الإلزام، كما نحكم بعدم جواز رجوع المخالف إلى زوجته بعد تطليقها ثلاثاً في مجلس واحد من باب قاعدة الإلزام، ونحكم على الزوجة بأن بعد انقضاء العدة تتزوج برجل آخر، مع العلم أنه لم يكن شهود عدول في البين، مما لو صدر عن المؤمن لحكمنا ببطلان الطلاق وبقائها زوجة للأول، وعدم جواز تزويجها بزوج آخر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

(السابع والخمسون):

الظاهر صحة الصلح على أن يزوج الأب بنته الصغيرة ممن هو كفؤها، ويصح لها التزوج من طرف الصلح، وكذا إذا تصالحا على أن يزوج ولده الصغير أو أن يزوج موكله أو موكلته في ما إذا أطلق الموكل والموكلة الوكالة بزواجهما من إنسان، وذلك لإطلاق أدلة الصلح.

كما أنه يصح أن يتصالحا على أن يطلق زوجته مثلاً تطليقة أو تطليقتين أو ثلاث، أو يتصالحا على أن يكون هو المحلل للطلاق، أو تصالحا على أن يزوجها أو تزوجه أو ما أشبه ذلك، فلو لم يفعل مقتضى الصلح أجبر عليه، ولو لم يمكن الإجبار كان للطرف الفسخ.

(الثامن والخمسون):

الظاهر صحة الصلح على إتيانه العبادات الواجبة والمندوبة، مثلاً ولده غير مبال بالصلاة أو الصيام أو ما أشبه فيتصالح معه على أن يعطيه كل شهر ديناراً على أن يصلي أو على أن يصوم أو ما أشبه ذلك من سائر الواجبات، لأن كون الواجبات على الإنسان لا ينافي الصلح عليها.

وكذلك إذا صالح معه على أن لا يشرب الخمر أو لا يقامر أو لا يزني.

وكذلك بالنسبة إلى المكروهات والمستحباب، بأن يصالح معه على أن يصلي صلاة الليل، أو يترك النوم بين الطلوعين، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما الصلح على تحليل الحرام أو تحريم الحلال، فإنه غير نافذ، نعم الظاهر جواز الصلح على فعل المكروه في نفسه، أو ترك المستحب في نفسه إذا كان الأمر عقلائياً، كما إذا صالحه على أن ينام بين الطلوعين لأن النوم في ذلك الوقت ينفعه، أو صالحه على أن يترك صلاة الليل حيث إن صلاة الليل تسبب له السهر والصداع مما يجوز تحمله شرعاً، إلى غير ذلك من الأمثلة.

(التاسع والخمسون):

لو صالحه على أن يكون نصف الفرس أو الشاة أو ما أشبه له على نحو الإشاعة، فلا إشكال في ذلك، لإطلاق أدلة الصلح.

أما إذا صالحه على أن يكون رأس الفرس له، أو رأس الشاة، أو رجلهما، أو ما أشبه، فهل يصح مثل هذا الصلح أم لا، الظاهر أنه إذا كان بيع هذه الأمور متعارفاً كصلح من يبيع رؤوس الشياة أو كصلح من يطبخ رؤوس الشياة مع القصاب أن تكون الرؤوس له، حيث إنه إذا ذبحها يعطيها الرؤوس والأرجل مثلاً، فإن مثل هذا الصلح أيضاً جائز، وإلا لم يصح لعدم العرفية حتى يكون مشمولاً لأدلة الصلح، بعد أن تقدم الكلام في أن الصلح منصب على المتعارف، وذكرنا في بعض أبواب الفقه صحة بيع مثل الرأس والقلب والكبد والرئة والرِجل

وما أشبه، فإذا صح البيع صح الصلح بطريق أولى، بل يمكن القول بصحة الصلح وإن لم يصح البيع، حيث يتسامح في الصلح بما لا يتسامح في البيع فيما إذا كان غررياً، لكن غررية البيع فيما إذا كان متعارفاً أيضاً محل نظر، إذ لا تحقق لموضوع الغرر عرفاً، وقد ذكرنا أن الشارع لم يغير موازين الغرر.

(الستون):

الظاهر صحة أن يصالح معه على أن يعترف بحق لله أو للناس عليه عند الحاكم، كما إذا سرق ولا يريد الاعتراف عند الحاكم، فيصالحه على أن يعترف عند الحاكم بما تثبت السرقة عليه، أو على أن يصالحه على أن يعترف عند الحاكم بأنه قتل فلاناً، أو أنه زنى أو ما أشبه ذلك، وذلك لأنه لا يلزم أن يستفيد المصالح المعطي لشيء شيئاً من وراه صلحه.

ولذا يصح أن يصالح مع الكناس على أن يكنس الشارع ولو لم يكن الشارع مرتبطاً به إطلاقاً، بأن كان عابر سبيل، أو أن يصالح مع الخباز على أن يعطي للفقير الخبز، إلى غير ذلك من الأمثلة.

لكن ربما يتوقف في الصلح للاعتراف بحقوق الله سبحانه وتعالى، كالصلح على الاعتراف بالزنا أو باللواط أو ما أشبه، لاحتمال انصراف أدلة الصلح عن مثل ذلك، ولو شك في العرفية المقتضية لانصباب الأدلة عليها، فالأصل عدم الصحة، لأن اللازم تحقق الموضوع حتى يثبت الحكم.

وهذا آخر ما أردنا إيراده في هذا الكتاب، والله الموفق للصواب.

سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

وحيث إن السيد العاملي (رحمه الله) في مفتاح الكرامة ذكر في أخير الصلح بعض النوائب التي رافقت كتابته لتتمة كتاب الصلح، لم نر بأساً بنقل ما ذكره ثم تذييله بالنوائب التي تعاصرنا في هذا الوقت.

قال (رحمه الله): وقد وفق الله سبحانه وتعالى بمنّه ويمنه وبركة خير خلقه سيدنا محمد وآله (صلوات الله عليهم أجمعين) بإتمام هذا الجلد في أول شهر ربيع الأول سنة ألف ومائتين وإحدى وعشرين من الهجرة، مع تشتت الأحوال واشتغال البال بما نابنا من الخارجي الملعون في أرض نجد، فإنه اخترع ما اخترع في الدين، وأباح دماء المسلمين، وتخريب قبور الأئمة المعصومين (عليهم صلوات رب العالمين)، فأغار سنة ألف ومائتين وست عشرة على مشهد الحسين (عليه الصلاة والسلام) وقتل الرجال والأطفال وأخذ الأموال وعاث في الحضرة المقدسة فخرب بنيانها وهدم أركانها.

ثم إنه بعد ذلك استولى على مكة المشرفة والمدينة المنورة وفعل بالبقيع ما فعل، لكنه لم يهدم قبة النبي (صلى الله عليه وآله وسلم).

وفي السنة الحادية والعشرين في الليلة التاسعة من شهر صفر قبل الصبح بساعة، هجم علينا في النجف الأشرف ونحن في غفلة حتى أن بعض أصحابه صعد السور وكادوا يأخذون البلد، فظهر لأمير المؤمنين (عليه السلام) المعجزات الظاهرة والكرامات الباهرة، فقُتل من جيشه كثير ورجع خائباً وله الحمد على كل حال. انتهى.

أقول: لا يخفى أن الوهابيين مرتين هدموا البقيع المباركة، مرة في السنة التي ذكرها السيد (رحمه الله)، ومرة قبل ستين سنة، والتي بقيت البقيع مهدمة إلى الآن، فإن المسلمين عمّروا البقيع بعد المرة الأولى حتى إنا رأينا جماعة من مشايخنا وأساتيذنا الذين زاروا البقيع قبل هدم الوهابيين، كما كانوا قد زاروا سائر البقاع المتبركة في المدينة المنورة وفي مكة المكرمة

وبين الحرمين وغيرها، كما أن بعضهم زاروا باب خبير في الموضع الذي رماه إليه أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام)، قالوا: وكان باباً كبيراً من قطعة من حجر كبير جداً لا يتمكن حتى الأربعون من حمله، لكن لما استولى الوهابيون قطعوا ذلك الباب قطعة قطعة ورموا بقطعها في النفايات.

وأما عدم هدمهم لقبة النبي (صلى الله عليه وآله) لا في تلك المرة ولا في هذه المرة، فالسبب كما ذكره بعض علمائنا ومشايخنا (قدس الله أسرارهم جمعياً) الهم لما أرادوا هدم قبة النبي (صلى الله عليه وآله) ووصل الخبر إلى الهند في تلك الأيام، والهند مستعمرة بريطانية وفيها عشرات الملايين من المسلمين هاج المسلمون وماجوا فخاف البريطانيون أن يسبب ذلك تصدعاً في مستعمرهم الهند، فأوحوا إلى (ابن سعود) أن يترك هدم القبة الخضراء في المدينة المنورة للنبي الأعظم (صلى الله عليه وآله).

ولما قال الوهابيون لجماعتهم إلهم لا يهدمون قبة النبي (صلى الله عليه وآله) هاج أتباعهم وماجوا وقالوا: إذا كان الأمر شركاً فكلا الأمرين شرك، وإذا كان ليس بشرك فلماذا هدمتم البقيع وسائر القباب، لكن رئيسهم اخترع رؤياً وقال لهم: إني رأيت البارحة النبي (صلى الله عليه وآله) في المنام وقال لي: اترك قبتي، ولذا تركت الهدم لهذا المنام، وقنع أصحابه بما قاله ولم يقولوا له إن الرؤيا لا يتمكن من تغيير أحكام الله سبحانه وتعالى، فإذا كان القباب شركاً وكفراً كما يقولون كان معنى ذلك أن النوم بدل الشرك توحيداً والكفر إسلاماً، فهل يصح أن يقال: إنه رأى في المنام أن الخمر حلال والزنا حلال، والصلاة غير واجبة، إلى غير ذلك.

وعلي أي حال، فقد انقضى زمان السيد العاملي (رحمه الله تعالى) باسترجاع المسلمين لكربلاء وعدم تمكن الوهابيين من النجف الأشرف

وبإعادة قباب الأئمة الطاهرين (عليهم الصلاة والسلام)، لكن الخطب كل الخطب في زماننا حيث عاصرنا تحطم الإسلام والمسلمين وتفرق البلاد وتشتت العباد وتبديل قوانين الإسلام، وسحق أحكام الله سبحانه وتعالى في كل البلاد، وإشاعة الفحشاء والمنكرات وتسلط الكفار من الشيوعيين والصليبيين والصهاينة والوثنيين على بلاد الإسلام.

فقد استولى شيوعيو الروس على البلاد الإسلامية والتي تسمى الآن بالجمهوريات الست من تاجكستان وتركمنستان وآذربايجان وأرمنستان وقرقيزستان وقازقستان، وقد أذلوا المسلمين وقتلوا منهم مقتلة عظيمة حتى إني رأيت في بعض الكتب المعتمدة أنهم قتلوا عشرة آلاف من العلماء والطلاب، وهدموا اثنين وعشرين ألف مسجد، وجعلوا بعضها اصطبلاً أو كراجاً أو مخزناً أو مرقصاً أو ملهىً أو مخمراً أو دائرة أو ما أشبه، وكذلك قتلوا من المسلمين لإبائهم عن الدخول في الشيوعية، خمسة ملايين، ويمر على هذه الحالة أكثر من نصف قرن والمسلمون مضطهدون هناك بأشد أنحاء الاضطهاد.

كما أن (ماوتيسي تنغ) في الصين هدم أكثر من سبعة عشر ألف مسجد، كما رأيت في بعض التواريخ المعتمدة، وأذل المسلمين وقتلهم وبددهم وسجنهم وعذبهم، وقد عطل في بكين (وكان يسمى بخان بانغ، في الاصطلاح السابق) أربعة مساجد، كل مسجد كان يحتوي على أكثر من ربع مليون مصل في أيام الأعياد والجمع ونحوها، وبقي الأمر على ذلك منذ ثلث قرن من حين استيلاء الشيوعيين على المسلمين في تلك البلاد.

كما أن شيوعي الروس دخلوا أفغانستان قبل بضع سنوات، فقتلوا إلى

اليوم أكثر من مليون من المسلمين، وشردوا أكثر من خمسة ملايين من المسلمين، وامتلأت سجونهم بالكبار والصغار والرجال والنساء، يقطعون الأيدي والأرجل ويسملون الأعين ويجدعون الأنوف ويصلمون الآذان ويبقرون بطون الحوامل، ويعذبون السجناء بأشد أنواع التعذيب، ويهتكون أعراض الفتيان والفتيات، وأحياناً يحرقون الأطفال بالنار بصب النفط عليهم وإشعالهم أمام آبائهم وأمهاتهم وذويهم إمعاناً في إذلال المسلمين.

وقد روى لي شاهد عيان في بعض سجون كابل، أنه رأى ذلك وهم يصيحون: يا الله يا محمد يا علي يا زهراء، إلى غير ذلك من ظلم الشيوعيين الروس في أفغانستان.

وفي العراق حدثت منذ أكثر من ربع قرن انقلابات عسكرية متتالية، من عبد الكريم قاسم إلى عبد السلام عارف، إلى عبد الرحمن عارف، إلى أحمد حسن البكر، إلى صدام، وكل الانقلابات العسكرية قام بها الغربيون بسبب هؤلاء العملاء وأتباعهم لإذلال العراق وتحطيم الحوزات العلمية في النجف الأشرف وكربلاء والكاظمية وسامراء المشرفات وغيرها.

كما دمروا الاقتصاد وجعلوا العراق أكثر فأكثر تابعة للغرب، ونشروا الخلاعة والمجون والخمور والسفور والبغاء، ومنعوا عن العتبات المقدسة، وأخرجوا ملايين من الناس الآمنين من بلادهم، وصادروا أموالهم، وسجنوا مئات الألوف من الشباب والشبان والشيوخ من الرجال والنساء وعذبوهم في السجون تعذيبات مريعة.

وأشعلوا نار الحرب بين إيران والعراق مما ذهب ضحيتها قتلاً أو تشويهاً

إلى الآن أكثر من مليون من الناس، كما سببوا تشريد ما يقارب خمس إيران من بلادهم، وقد دمرت الحرب كلا الجانبين تدميراً لعله قليل النظير في تاريخ إيران والعراق، بينما كان البلدان بلداً واحداً تحت ظل الإسلام، وكانت الأخوة الإسلامية سائدة بينهما، وكان مرجع العراق تارة في إيران ومرجع إيران تارة في العراق، والعراقيون يزورون إيران، والإيرانيون يزورون العراق كل سنة بمئات الألوف، وأحياناً تصل إلى الملايين.

وكذلك أقام المستعمرون الحرب بين باكستانين الشرقية والغربية، والتي تسمى الشرقيّة الآن ببنغلادش، مما سبب أن يذهب ضحيتها أكثر من ثلاثة ملايين من المسلمين في قصص محزنة، وأخيراً انتهى الأمر إلى انفصال بنغلادش عن باكستان الغربيّة مما أضعفت قوة الدولتين، بينما كانت دولة واحدة فتيه إسلامية ذات مائتي مليون مسلم.

وكذلك في الهند المسلمون يُهاجَمون ويحارَبون ويُقتلون ويُشردون ويُهانون في قضايا مشهورة، وقبل أيام قتل الهندوس من المسلمين أكثر من ثلاثة آلاف مسلم، كما أنهم أحرقوا دورهم ومساجدهم ونهبوا أموالهم.

وفي كردستان أقاموا الحروب بين إيران وكردستان تارة، وبين العراق وكردستان تارة، وبين الأكراد أنفسهم تارة ثالثة، بينما كردستان بلاد إسلامية تحتوي على ما يقارب عشرين مليون من الأكراد المسلمين، وقد قسمه الغربيون والشرقيون إلى قطع جغرافية وقوميات متناحرة، قطعة في تركيا وقطعة في سوريا وقطعة في لبنان وقطعة في إيران وقطعة في العراق وقطعة في الاتحاد السوفيتي، وقد أحرقت الحروب قراهم ودمرت رجالهم وأهلكت ضرعهم وزرعهم، كما

ملؤوا السجون منهم، وهتكوا أعراضهم، ورفعوهم فوق المشانق ظلماً وعدواناً من غير سبب أتوا به إلاّ أن الأحزاب التابعة للحكومات الكافرة الغربية والشرقية والتخطيطات الجغرافية الآثمة هي التي سبب هذه المآسي في كردستان.

وفي تركيا توالت الانقلابات العسكرية، بينما منذ أيام أتاتورك قبل أربعين سنة وإلى اليوم لم تتمكن تركيا أن تستعيد صبغتها الإسلامية، فترى في بلادها الخمور والفجور، ومحاربة الإسلام، ومحاربة العمائم والحجاب، كما صنع بهلوي الأول والثاني في إيران، لكن علماء إيران تمكنوا من إرجاع الهوية الإسلامية إلى إيران، أما تركيا فهي ترزح تحت نير أتاتورك عامل الغربيين الذين جاؤوا به إلى البلاد.

وفي لبنان حيث اقتطعت من البلاد الإسلامية وجعلت مسيحية، أقاموا حرباً دامت إلى الآن أكثر من عشر سنوات، فلم تدع ضرعاً ولا زرعاً، وأذلت المسلمين وقتلت الألوف منهم، وأحرقت قراهم وبيوتهم ونهبت أموالهم وهجرتهم تهجيراً شائتاً من الجنوب إلى بيروت وضواحيها في قصص محزنة.

أما فلسطين، فقد اقتطعها اليهود من كبد البلاد الإسلامية وهوّدوها، وأخرجوا المسلمين منها وأعملوا فيهم الرصاص والقتل بلا حساب، وملؤوا السجون بالمسلمين وصادروا ممتلكاتهم وأقامت إسرائيل بعد ذلك حروباً مع مصر وسوريا والأردن، وهي إلى الآن مغتصبة في أيدي اليهود.

كما أن الشيوعيين والغربيين اقتطعوا أجزاء من البلاد الإسلامية في الأوروبا الشرقية وغيرها وجعلوها شيوعية أو مسيحية كألبانيا وغيرها، وهناك المأساة في أموال الناس وفي أعراضهم وفي شبابهم وفي دينهم، وحتى أن القرآن ممنوع في البلاد الإسلامية التي صارت تحت نير الشيوعية، فمن احتفظ بنسخة

من القرآن أو قرأ القرآن سيق إلى السجن، وأحياناً يعاقب على هذا الجرم عند الحكومة الشيوعية بعشر سنوات من السجن، وقد فعلوا بمساجدهم ومدارسهم وحسينياتهم ومؤسساتهم الدينية وأوقافهم وعلمائهم ما فعلوه في الاتحاد السوفيتي وفي الصين.

أما البلاد الإسلامية العربية، فقد جعلها الغربيون والشرقيون متناحرة تضرب بعضها بعضاً، وتقتل بعضها بعضاً، وتحارب بعضها بعضاً، وقد ملؤوا البلاد بالخمور والفجور والمعاصي والموبقات والآثام، فترى سوريا ومصر والسودان وليبيا والحجاز والأردن والجزائر وتونس والمغرب كلها في حالة حرب وتنازع وتدافع، أما القوانين الإسلامية فقد سحقت فيها تحت الأقدام، ومنذ زمان قريب قتلوا من الجزائريين أكثر من مليون ونصف لأجل التحرير، وبعد التحرير أيضاً لم يرجع إليها حكم الإسلام الذي كان المجاهدون يحاربون لأجل ذلك، وانما الغربيون ربطوها أيضاً بعجلتهم من جديد.

وفي فيليبين أبادوا استقلال المسلمين الذين وصل عددهم إلى اثني عشر مليون وزجوا بهم في السجون وأخذوا يحاربونهم، والحرب مستمرة إلى يومنا هذا بين المسلمين وبين الحكومة التي استولت على البلاد الإسلامية بالحديد والنار.

وفي ارتريا محاربة لا هوادة فيها بين المسلمين وبين الأثيوبيين منذ عشرين سنة.

كما أن في إفريقيا بدلوا الحكومات الإسلامية إلى حكومات كافرة، والتنصير أخذ في البلاد الإسلامية يعمل بصورة مستمرة وبشكل مرعب حتى أن في أحد البلاد الإسلامية تمكن المسيحيون أن ينّصروا من المسلمين أكثر من مليون إنسان في خلال عشر سنوات.

إلى غير ذلك من المآسي التي

إذا جمعت في كتب لعلها تصل إلى عشرات المجلدات، كل ذلك ولا علاج للمسلمين إلاّ بالرجوع إلى الإسلام، والتي أن صورتها مقومة بأمور:

الأول: شورى المراجع الذين هم نواب الأئمة (عليهم الصلاة والسلام) والذين عينهم رسول الله (صلى الله عليه وآله) بقوله: «اللهم ارحم خلفائي، قيل: يا رسول الله ومن خلفائك، قال: الذين يأتون من بعدي ويروون حديثي وسنتي»[1].

فيكون هو المرجع الأعلى للمسلمين في كل الأمور السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتربوية والعسكرية وغيرها، فيجتمع مراجع تقليد الأمة الإسلامية في وحدة واحدة، وتشكل شورى المرجعية لتكون هي السلطة العليا للبلاد.

الثاني: أن ينبع من شورى المراجع أحزاب إسلامية حرة بأيدي جميعها الراديو والتلفزيون والصحف والقدرة والمال وغير ذلك، حتى يتمكنوا من خوض معامع السياسة ويكون بينهم تنافس حر يسبب تقديم الأمة إلى الأمام ويجمع شباب المسلمين حتى لاينخرطوا في الأحزاب الباطلة أمثال الشيوعية والقومية والبعثية والديمقراطية الغربية والوجودية وغيرها من الأحزاب المنافية للإسلام.

الثالث: التعاون بين شورى المرجعية والأحزاب الإسلامية الحرة النابعة من مراجع التقليد، لتشكيل القوى الثلاث، أي القضائية والإجرائية والتشريعية، والتي تسمى في الإسلام بالتطبيقية، لأنه لا تشريع في الإسلام بعد التشريع الذي شرعه الله سبحانه وتعالى، وقد قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «حلال محمد حلال إلى

(١) الوسائل: ج١٨ ص٦٥ الباب ٨ من أبواب صفات القاضي ح٥٠١، والمجالس: ص١٨٢.

يوم القيامة، وحرام محمد حرام إلى يوم القيامة»[1].

الرابع: تطبيق القوانين الإسلامية في كل الأبعاد، مثلاً في بعد الاقتصاد لا شيوعية ولا اشتراكية ولا رأسمالية غربية ولا توزيعية، وإنما الاقتصاد الإسلامي هو الاقتصاد الصحيح المعترف به من قبل الإسلام وعلماء المسلمين، وفي بعد الحرية تمنح للناس كل الحريات من حرية الزراعة والتجارة والصناعة والسفر والإقامة والعمران وإبداء الرأي وإخراج الجريدة والمجلة وطبع الكتاب والإتيان بمختلف المعامل والمصانع ونصب محطة التلفزيون والإذاعة لكل من يريد ذلك، إلى غيرها من الحريات الممنوحة من قبل الإسلام.

الخامس: إسقاط الحدود الجغرافية بين البلاد الإسلامية، حتى يسافر المسافر من مكة إلى النجف إلى القاهرة إلى طهران إلى كراجي إلى جاكرتا إلى الدار البيضاء إلى غيرها، وفي كل ذلك هو في بلده، فلا حدود جغرافية بين بلد وبلد، وإنما المسلمون أمة واحدة، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿**إِنَّ هٰذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً واحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ**﴾[2]، فالرب واحد والأمة واحدة والدولة واحدة، والقوانين هي القوانين الإسلامية فقط.

السادس: إرجاع الأخوة الإسلامية، فلا تفصل مسلماً عن مسلم القوميات واللغويات والعرقيات والأقليميات وما أشبه.

السابع: تطبق القوانين الإسلامية في الحكم والمال بصورة خاصة، فالحكومة في الإسلام هي الناظرة فقط، وإنما كل الشؤون بيد المسلمين، كما أنه لا

(١) انظر: الوسائل: ج١٨ ص١٢٤ ح٤٧.

(٢) الأنبياء: آية ٩٢.

ضرائب في الإسلام إلاّ الخمس والزكاة والجزية والخراج.

وكذلك تكون كل القوانين القضائية وغيرها على طبق الإسلام، فلا سجون ولا حجز ولا جلد ولا قتل إلاّ في الموارد القليلة المعدودة جداً التي قررها الإسلام في الكتاب والسنة والإجماع والعقل، أي الأدلة الأربعة التي هي الميزان للأحكام الإسلامية، على ما ذكره الفقهاء في كتبهم.

وبذلك لا يجد الإنسان في البلاد الإسلامية حاكماً جاء بالوراثة، أو بالانقلاب العسكري، وإنما في انتخابات حرة حسب الموازين التي قررها الإسلام.

وليعلم أن الوضع العالمي الذي هيأه الغرب والشرق لا يسمح بقيام الدولة الإسلامية الواحدة إلاّ بشرط أن يكون حملة الحركة الإسلامية في أعلى مراتب ضبط النفس والتعاون والأخلاق الرفيعة وتطبيق نظام الإسلام على أنفسهم وعلى غيرهم، فيهيئون حركة إسلامية عالمية قوامها، بما لا يقل من ألف مليون كتاب توعوي، ومن عشرين مليون منظِّم، لكل مسلم كتاب، ولكل خمسين مسلم فرد منظم، ومن تهيئة الصورة الإسلامية الصحيحة البديلة عن أنظمة الغرب والشرق بما تستهوي الأنفس ويرى الناس فيها خيراً من أنظمة الغرب والشرق، وإلا فالغرب والشرق يُسقطون حركات التحرير خصوصاً الحركة الإسلامية التي يعادونها، منذ بزوغ الإسلام إلى اليوم، سواء باسم اليهود والنصارى والمشركين أو باسم الصليبية والصهيونية والشيوعية.

ولا يخفى أن كيفية إسقاطهم لحركات التحرير بأمور:

الأول: النظام الرأسمالي العالمي المطبق على كل العالم بشقيه الديمقراطي الغربي والشيوعي الشرقي.

الثاني: المؤسسة العسكرية العالمية.

الثالث: الصناعة العالمية التي توجب احتياج البلاد إليها، تشتري من سائر بلاد العالم المواد غير المصنوعة وتصدرها إليها في صورة مواد مصنوعة.

الرابع: بعض الحريات الموجودة في العالم الديمقراطي الموجبة لتقدم الكفائات ممّا تتظافر على إسقاط كل نظام فتي خصوصاً إذا كان نظاماً إسلامياً.

الخامس: الصورة الغربية للبلاد الصناعية مما يوجب أن ينظر أهل البلاد الناهضة إليها بالاحترام، فإذا لم يروا في بلادهم مثل تلك الصورة أسقطوا هم بأنفسهم أنظمة بلادهم، لينضووا تحت لواء الصورة الغربية.

ومن المعلوم أنه ما لم تتوفر شروط النهضة التي ذكرناها في البلاد الإسلامية، لم يمكن تجاوز تلك الأمور الخمسة التي هيأها الغرب والشرق لإسقاط كل نظام جديد، أعم من الإسلامي وغيره.

وهذا سر ما نشاهده من سقوط كل الحركات الإسلامية منذ قرن، وإن جهد العاملون على إيجادها وإبقائها بالنفس والنفيس، وضحوا في سبيلها بكل غال ورخيص، وقد ذكرنا تفصيل هذه الأمور في جملة من كتبنا الإسلامية، والله المستعان، وهو القادر على أن ينقذ المسلمين من براثن الغربيين والشرقيين.

اللهم إنا نرغب إليك في دولة كريمة، تعزّ بها الإسلام وأهله، وتذل بها النفاق وأهله، وتجعلنا فيها من الدُعاة إلى طاعتك، والقادة إلى سبيلك، وترزقنا بها كرامة الدنيا والآخرة، والحمد لله أولاً وآخراً.

سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

قم ـــــ محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

المحتويات

كتاب الكفالة

٥ ـ ٩٥

كتاب الصلح

٩٧ ـ ٤٢٠

فصل

في أحكام النزاع في الأملاك

١٨٩ ـ ٢٢٠